GERMANY

Die

operis novi nunciatio.

Von

Dr. Hugo Burckhard,
a. o. Professor der Rechte und Beisitzer der Juristenfacultät und des Schöppenstuhls in Jena.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1871.

Die

operis novi nunciatio.

Von

Dr. Hugo Burckhard,

a. o. Professor der Rechte und Beisitzer der Juristenfacultät und des Schöppenstuhls in Jena.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Adolph Enke.)
1871.

Gedruckt bei U. E. Sebald in Nürnberg.

Meinem Vater,

dem Präsidenten

Dr. jur. Wilhelm Burckhard.

§. 1673 c.

b. Verfahren nach geleisteter Caution.

§. 1674.

V. Justinianeisches und canonisches Recht.

Inhaltsverzeichniß.

Die operis novi nunciatio.

Lib. XXXIX. Tit. 1. de operis novi nunciatione.

§. 1670.

I. Einleitung.

1) Zweck und Wesen der o. n. n. Bedeutung der Remission. — 2) Angebliche Arten der o. n. n. (publica und privata, realis und verbalis). — Ursprung der o. n. n. (civiler oder prätorischer Ursprung?). Historischer Ausgangspunct derselben (Rudorff, Hesse, Hasse).

§. 1671.

II. Voraussetzungen der o. n. n.

1. Beschaffenheit des opus.

3) Opus solo conjunctum, Errichten oder Niederreißen von Gebäuden. Bedenken aus l. 5. §. 11. 12. h. t. und l 3. §. 8. de riv. 43. 21. — 4) Opus novum, Neuerung gegenüber dem bisherigen Zustand des Grundstücks. — 5) Opus futurum, nondum factum, das Werk darf nicht vollendet sein. Muß es bereits angefangen sein? — 6) Das opus muß einen Nachtheil im Gefolge haben. — Gleichgiltig ist, wo das opus hergestellt wird sowie ob der Ort bebaut

§. 1671 a.

2 Der Nunciationsact.

§. 1671 b.

3. Zweck und Grund der o. n. n. Nunciationsberechtigte Personen. Uebersicht.

§. 1671 c.

a. O. n. n. juris nostri conservandi causa.

§. 1671 d.

b. O. n. n. juris publici tuendi causa.

§. 1671 c.

c. O. n. n. damni depellendi causa.

§. 1672.

III. Wirkungen der o. n. n.

1. Wirkung der o. n. n. an sich.

gegenwärtigen Zustandes ist geschützt durch das interd. demolitorium. Besitzergreifung oder Besitzerhaltung? (Schmidt, Rudorff). — 33) In o n. nunciatione possessorem adversarium facimus.

§. 1672 a.

2. Wirkung der Contravention. Interdictum demolitorium.

a. Kläger und Beklagter.

34) Durch die Contravention entsteht eine Obligation zur Restitution des nach der N. Gemachten, ohne Rücksicht auf das materielle Recht. Interd. demolitorium — 35) I. Kläger. Derjenige, von dem oder für den nunciirt ist. Der Erbe. Der Singularsuccessor? Von mehreren Miteigenthümern nur der nunciirende. Gestaltung in dem Fall, wenn mehrere Nunciationsberechtigte nunciirt haben. — 36) II. Beklagter. Inhalt der Obligation: Restitution in vollem Umfang, auf Kosten des Beklagten, oder patientiam praestare. — Qui fecit et possidet haftet für Restitution in vollem Umfang; auch wenn er keine Kunde erhalten hat? — 37) Haftung dessen, qui fecit nec possidet und dessen, qui possidet nec fecit. Wirkung eines Besitzwechsels in der Person des Nunciaten: 1) Die Contravention hat vor dem Besitzwechsel stattgefunden. a) Der contravenirende Nunciat stirbt: der Erbe haftet ad patientiam destruendi und wegen dessen, was ad eum pervenit. — Der contravenirende Nunciat haftet auch als Nichtbesitzer. — b) Der contravenirende Nunciat veräußert das Grundstück: der Successor haftet ad patientiam destruendi, der Veräußerer für die Kosten der Restitution. — Widerlegung der Ansicht Stölzel's, daß der blose Besitzer als solcher gar nicht hafte. — 38) 2) Der Besitzwechsel findet vor der Contravention statt: der Successor haftet in vollem Umfang; auch ohne Kunde haftet er nicht blos für patientia destruendi. — Widerlegung der Ansicht Stölzels, daß der Successor ohne Kunde

§. 1672 b.

b. Erfolg des durchgeführten interd. demolitorium. Condemnatio pecuniaria.

§. 1672 c.

c. Verfahren. Klagbegründende Thatsachen und Beweis des Klägers. Vertheidigung des Beklagten.

§. 1673.

IV. Aufhebung der o. n. n.

1. Remission.

a. Remission bei der o. n. n. juris n. conservandi causa.

Lib. XXXIX. Tit. I.

De operis novi nunciatione [1]).

Lex Rubria cp. 19. Dig. Lib. XLIII. Tit. 25. de remissionibus. Cod. Lib. VIII. Tit. 11. de novi operis nunciatione. X. Lib. V. Tit. 32. de novi operis nunciatione.

§. 1670.

I. Einleitung.

1. Der ordnungsmäßige Weg, auf dem die Verletzung eines Rechts beseitigt und die Erfüllung einer Pflicht erzwungen wird, ist der der Anrufung der richterlichen Hilfe. Da aber diese Hilfe an sich nur nach vorausgegangenem gerichtlichen Verfahren gewährt wird und doch wieder durch eine mit dem gewöhnlichen Gang des Verfahrens verbundene Verzögerung der Gewährung der Rechtshilfe häufig wichtige Interessen gefährdet werden, so ist es Aufgabe des Rechts, Vorsorge zu treffen, daß

1) Die Literatur dieser Lehre ist eine sehr umfangreiche. Abgesehen von den Commentaren zum T. D. 39. 1. beschäftigen sich in früherer Zeit zahlreiche meist unbedeutende Dissertationen mit der o. n. n. Vgl. darüber Stölzel in dem unten anzuführenden Werk S. 5. 6. Von neueren Schriften sind insbesondere zu nennen: G. Hasse Ueber die o. n. n. im Rhein. Mus. III. S. 579 ff. (1829), Wiederhold Das interd. uti possid. und die n. o. n. (1831.), Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 580 ff. (1847.), Schmidt (von Ilmenau) Das bei der o. n. n. einzu-

in solchen Fällen von dem gewöhnlichen Gang abgewichen werden kann, damit den gefährdeten Interessen ein schleuniger Rechtsschutz zu Theil werde.

Einer der wichtigsten Fälle dieser Art ist die Vornahme baulicher Veränderungen an Grundstücken, die ein Andrer als unrechtmäßig bestreitet. Hier ist ein sofortiger Rechtsschutz ohne vorgängigen Proceß und Beweis vielfach dringendes Bedürfniß. Das Mittel, durch welches die Römer dieses Bedürfniß zu befriedigen und die eben gestellte Aufgabe zu lösen gesucht haben, ist die *operis novi nunciatio*[2]).

haltende Verfahren in Linde's Zeitschr. für Civilrecht und Proc. N. F. VIII. S. 17 ff. (1851.), Clem. Polis de o. n. n. (1853.), Zimmermann Ueber die o. n. n. und das interd. quod vi aut clam im Arch. f. civil. Prax. XXXVII. S. 218 ff. (1854.), Rudorff Ueber das Nunciationsverfahren in Bekker u. Muther's Jahrb. IV. S. 122 ff. (1861.), Schmidt (v. Ilmenau) Das bei der Nunciation einzuhaltende Verf., daselbst S. 210 ff., Hesse die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II. S. 79 ff. (1862.), Stölzel die Lehre von der o. n. n. und dem interd. quod vi aut clam (1865.), Karlowa Beitr. zur Gesch. des röm. Civilproc. Abh. 2. S. 59 ff. (1865.), Schmidt (v. Ilmenau) Kritik des Stölzel'schen Werks in der Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 289 ff., Baron desgleichen, ebendas. S. 483 ff. (1865.), Hesse das Einspruchsrecht gegen Bauunternehmungen und andere Veränderungen an Grundstücken S. 92 ff. (1866.), Heinzerling Arch. f. civil. Prax. N. F. III. S. 236 ff. (1870.) (beschäftigt sich vorzugsweise mit der großh. hessischen Praxis). — Ueber die sonstige Literatur vgl. die umfassende Zusammenstellung bei Stölzel a. a. O. S. 5—12.

2) Das interdictum quod vi aut clam bezüglich die Pro-

Das Wesen der o. n. n.[3]) besteht in den Grundzügen darin, daß der durch eine neue bauliche Anlage Beeinträchtigte sich diesem Unternehmen auf außergerichtlichem Wege durch ein dem Unternehmen gegenüber erlassenes Privatverbot widersetzen darf mit der Wirkung, daß der Nunciat vorläufig mit dem verbotenen opus innehalten muß, bis er in Folge seines Remissionsantrags Aufhebung dieses Verbots durch den Prätor erlangt hat oder bis er dem Nuncianten außergerichtlich Caution dahin leistet, daß er für den Fall der Existenz eines materiellen Verhinderungsrechts das widerrechtlich Gemachte restituiren werde. Handelt er ohne Remission und Caution der formell giltigen und bindenden o. n. n. zuwider, so setzt er' sich einem restitutorischen Interdict, sog. interdictum demolitorium, aus und muß ohne Rücksicht auf das materielle Recht restituiren. Dem in diesem Proceß Unterliegenden stehen dann noch die gewöhnlichen Mittel zur Geltendmachung seines materiellen Rechts zu.

Jenes Ziel, Gewährung der nothwendigen schnellen Rechtshilfe gegen die Gefährdung durch einen Neubau, hätte sich auch durch eine Bestimmung des Inhalts er-

hibition hat einen ganz anderen Charakter als die o. n. n. Ein Eingehen auf dieses Rechtsmittel, welches überdies hier zu weit führen würde, ist daher zum Verständniß der o. n. n. nicht nöthig.

3) Diese kurze Characterisirung ist von der Hauptart, der Nunciation wegen eines jus prohibendi, entnommen. Zugleich ist zu bemerken, daß die Darstellung von den Grundsätzen des Pandectenrechts ausgeht, die Veränderungen, die in der späteren Zeit eingetreten sind, werden wir zum Schluß besonders betrachten. (§. 1674.)

1 *

reichen lassen, daß sofort nach Erhebung der Klage bis zur Entscheidung über das materielle Verhinderungsrecht das opus sistirt werden müsse. Der von den Römern eingeschlagene Weg, dem außergerichtlichen Privatverbot diese Wirkung beizulegen, verdient aber entschieden den Vorzug. Es ist unzweifelhaft vollständiger für die Interessen des Beeinträchtigten gesorgt, wenn ihm die Möglichkeit gegeben ist, ohne Zeitverlust sofort die Fortsetzung des Schaden drohenden opus zu verhindern. Man könnte dem gegenüber in dem Erforderniß eines gerichtlich zu erhebenden Einspruchs eine größere Garantie dafür finden wollen, daß es dem angeblich Beeinträchtigten Ernst ist mit seinem Einspruch und daß er selbst die Ueberzeugung von seinem Recht dazu hat; aber einerseits wäre auch bei dem Erforderniß der Klaganstellung die Möglichkeit eines leichtsinnigen und chicanösen Einspruchs nicht ausgeschlossen, andrerseits gewähren die bei der o. n. n. geltenden Grundsätze den nöthigen Schutz gegen eine solche Gefahr auch bei diesem außergerichtlichen Privatverbot. Auch ist es leicht möglich, daß der Unternehmer es auf einen Proceß nicht ankommen läßt, sondern sich ohne Weiteres dem Einspruch fügt. Es wäre daher unzweckmäßig, den Einspruchsberechtigten zur Erhebung der Klage zu nöthigen, da möglicherweise ohne Proceß die Sache ihre Erledigung findet.

In dieser das Interesse des Nuncianten allerdings vollständig wahrenden Bestimmung, daß der Bauunternehmer vorläufig das Privatverbot respectiren muß, liegt an und für sich die Gefahr einer großen Ungerechtigkeit gegen den Unternehmer. Zur Zeit des Einspruchs weiß man noch nicht, ob derselbe nicht mit seinem Bau im vollen Recht ist, und es wäre im höchsten Grad unbil-

lig, ihm nur dann die Befugniß zur Fortsetzung des opus zu gewähren, wenn er seinerseits klagend das Recht dazu ausführte. Es muß ihm vielmehr ein Mittel gegeben sein, durch welches er sich von dem Bann der o. n. n. frei machen und die Sache zur richterlichen Entscheidung bringen kann, ohne dabei zur Uebernahme der Klägerrolle und zum Beweis seines Baurechts gezwungen zu sein.

Dieses Mittel ist die Remission. Sobald der Nunciat durch den Remissionsantrag beim Prätor zu erkennen giebt, daß er dem Einspruch nicht Folge leisten wolle, ändert sich die Sachlage. Ein prätorisches Verbot, dem die o. n. n. in der Wirkung gleichgestellt ist, wird erst nach vorgängigem Gehör beider Theile erlassen, während das Privatverbot ohne Gehör des Gegners wirkt. Wenn aber der Nunciat durch den Remissionsantrag die Sache an den Prätor bringt, so holt dieser nach, was dem Privatverbot im Gegensatz zum prätorischen fehlt: eben das Gehör beider Theile. Beruft sich der Nunciant in jure auf ein die o. n. n. rechtfertigendes Verhinderungsrecht, so untersucht der Prätor die Sache nicht weiter, sondern decretirt, daß der Unternehmer nur für den Fall der Existenz eines jus prohibendi des Nuncianten gebunden sein solle. Durch diese Verwandlung des bis dahin unbedingt wirkenden Privatverbots in ein bedingtes prätorisches interdictum prohibitorium ist jenes, also der formelle mit interd. demolitorium geschützte Bann, aufgehoben und der Nunciant muß, wenn er dem Unternehmer gegenüber siegen will, die Existenz des jus prohibendi beweisen. Dieses die Wirkung der o. n. n. beseitigende bedingte Remissionsdecret wird aber nur dann ertheilt, wenn der Un-

ternehmer zuvor cautio judicatum solvi leistet; verweigert er dieselbe, so setzt er sich dem Nachtheil aus, der jeden indefensus trifft: es findet translatio possessionis statt, und der Translationsbefehl besteht hier einfach in dem Ausspruch „nunciatio tenet", d. h. in der Aufrechterhaltung des formellen Banns der o. n. n., dessen Verletzung das interd. demolitorium begründet.

Die Ausführung und der Beweis dieser Sätze, die keineswegs allgemein angenommen sind, muß der spätern Erörterung vorbehalten bleiben. Auch auf die verschiedenen Ansichten über Zweck und Wesen, Voraussetzungen, Wirkungen, Aufhebung der o. n. n. kann hier nicht eingegangen werden, es ist das erst möglich bei der Darstellung der betreffenden einzelnen Lehren.

2. Nur zwei Puncte können hier schon berührt werden: die von der Form des Einspruchs hergenommene Unterscheidung mehrerer Arten der o. n. n. und die Controverse über den Ursprung unseres Instituts.

Bis in dieses Jahrhundert unterschied man zwischen o. n. n. judicialis oder publica und extrajudicialis oder privata, und bei letzterer wieder zwischen realis und verbalis [4]). Diese Ansicht entbehrt jeder Begründung. Die o. n. n. ist ein Privatact und bildet gerade den Gegensatz zum Aussprechen eines Verbots durch den Prätor: die o. n. n. judicialis ist also geradezu eine contradictio in adjecto. Und die außergerichtliche, also die eigentliche o. n. n., ist wieder nur

4) Vgl. z. B. Hellfeld jurispr. for. §. 1671. 1672. Göschen Vorles §. 616. Heimbach im Rechtslex. VII. S. 606. Ueber die o. n. n. publica siehe unten Ziff. 83.

eine verbalis, das Verbot muß mündlich erfolgen. Das, was man unter o. n. n. realis verstand, eigenmächtiges Beseitigen des opus und Widerspruch durch jactus lapilli, hat mit der o. n. n. nichts zu thun[5]). —

In Bezug auf die Frage nach dem Ursprung der o. n. n. stehen sich zwei Ansichten gegenüber. Nach der einen ist sie ein altciviles Institut, nach der andern verdankt sie ihre Entstehung dem Edict des praetor urbanus.

Als Vertreter der ersten Ansicht mögen Hasse (Rhein. Mus. III. S. 627.) und Schmidt (Jahrb. f. gem. R. IV. S. 211 ff.) genannt sein. Hasse führt als Grund dafür die strenge Form und die civilen Erfordernisse der o. n. n. an, sowie auch, daß das restitutorische Interdict aus derselben ein perpetuum sei. Diese Gründe sind nicht beweisend. Von der Form wissen wir nicht genug, um daraus einen Schluß zu ziehen[6]). Inwiefern im Uebrigen die Erfordernisse civiler Natur sein sollen, hat Hasse nicht gesagt: in der That ist keines derselben der Art, daß man ihr deshalb civilen Ursprung vindiciren müßte. Wie endlich die Eigenschaft des restitutorischen Interdicts als eines perpetuum ein Beweismoment abgeben soll, ist nicht zu ersehen: alle Interdicte sind prätorischen Ursprungs und von diesen sind manche zeitlich beschränkt, andere nicht, ohne daß dafür der civile Character des durch das Interdict geschützten Rechtsverhältnisses irgendwie maßgebend wäre. —

5) Vergl. unten Ziff. 12.

6) Burchardi Lehrb. des röm. Rechts II. 2. S. 588. argumentirt, von der Ansicht des prätorischen Ursprungs der o. n. n. ausgehend, umgekehrt, die o. n. n. könne keinen formalen Character gehabt haben.

Schmidt hält, obgleich der civile Ursprung nicht direct bezeugt werde, doch das für entscheidend, daß bei der Zusammenstellung der o. n. n. mit den unzweifelhaft civilen Instituten der cautio damni infecti und der aquae pluvia arcendae actio in T. D. 39, 1—3. die o. n. n. die erste Stelle erhalten hat. Dieses Argument verdient nun zwar Beachtung, aber allein ist es doch nicht im Stand, einen vollgiltigen Beweis zu liefern. Schmidt beruft sich allerdings außerdem noch darauf, daß Paulus und Ulpian die o. n. n. in ihren Commentaren ad Sabinum (l. 10. h. t.: Ulp. lib. 45. ad Sabin., l. 11: Paul. lib. 11. ad Sab., l. 12: Paul. lib. 13. ad Sab.) behandelt haben, es sind aber auch unzweifelhaft prätorische Institute wie z. B. die bonorum possessio in Commentaren ad Sabinum besprochen[7]).

Der neueste Vertreter der entgegengesetzten Ansicht ist Stölzel (a. a. O. §. 22. Z. 2.). Gegenüber seinem Einwand gegen den civilen Ursprung der o. n. n., daß nämlich den strengen Formen der ältesten Zeit eine außergerichtliche Inhibition nicht entsprochen habe, genügt es wohl, auf die in jus vocatio, die manus in-

7) L. 15. 16. de bon. poss. sec. tab. 37. 4. — Auch darf man aus der Existenz einzelner Fragmente noch nicht gleich schließen, es sei die ganze Lehre, welche es berührt, hier abgehandelt worden, vielmehr sind sie häufig aus Digressionen entnommen. Daß dies gerade hier der Fall ist, wird durch den sonstigen Inhalt der betreffenden Commentarbücher bewiesen. Vgl. Leist Gesch. der röm. Rechtssyst. S. 44, Tafel I. (das Sabinussystem). Das zufällige gelegentliche Erwähnen der o. n. n. in Commentaren ad Sabinum liefert also so wenig wie das der bonor. poss. einen Beweis für den civilen Ursprung des Instituts.

jectio u. ä. zu verweisen. Gerade den ältesten Zeiten liegt das Princip der Selbsthilfe nahe und gerade sie geben solchen Acten des Selbstschutzes leichter die rechtliche Sanction. Nicht besser ist der Stölzel'sche directe Beweis für den prätorischen Ursprung der o. n. n.: da der Zweck der o. n. n. wenigstens nach der einen Richtung hin (nämlich rechtliche Fixirung des Zustandes durch Caution) durch ein prätorisches Institut erreicht werde, so müsse die o. n. n. eine Schöpfung des Prätors sein. Es ist jedoch, abgesehen von Anderem, die sogen. rechtliche Fixirung durch Caution gar nicht der Zweck der o. n. n., dieser ist vielmehr lediglich die factische Sistirung des opus, und von diesem durch die o. n. n. bewirkten Bann begründet die Cautionsleistung des Unternehmers nur eine Ausnahme, indem ihm in seinem Interesse gegen Caution die Erlaubniß gegeben ist, das opus trotz der Nunciation fortzusetzen [8]). Die Eingangsworte des T. D. de o. n. n. endlich: *hoc edicto promittitur* ut etc. beweisen nur — was niemals bestritten worden ist —, daß der Prätor sich dieses Instituts bemächtigt und es in seinem Edict fortgebildet hat.

Ein vollgiltiger Beweis ist demnach weder für die eine noch für die andre Ansicht erbracht. Zu vermuthen ist aber wohl, daß die o. n. n. keine gänzlich neue Schöpfung des Prätors ist, sondern daß das Institut mit seinem Grundgedanken des vorläufigen Selbstschutzes gegen derartige Beeinträchtigungen schon in der ältesten, solche Selbsthilfe mehr als die spätre billigenden und anerkennenden Zeit im Keime vorhanden gewesen, die weitre Entwicklung und eigentliche Ausbildung aber erst

8) Vgl. unten Ziff. 15.

durch das prätorische Edict erfolgt ist, so daß wir es in diesem Sinn wohl ein prätorisches Institut nennen können, wie es denn auch — gewiß in keiner andern Bedeutung — in l. 13. §. 2. h. t. ein beneficium praetoris genannt wird. —

Auch hinsichtlich einer andern Frage, die mit der eben erörterten in Zusammenhang steht, ohne mit ihr zusammenzufallen, lassen sich nur Vermuthungen aussprechen, da auch hier die Quellen einen bestimmten Anhalt nicht gewähren: hinsichtlich der Frage nämlich nach dem historischen Ausgangspunct der o. n. n. Die hauptsächlichen Ansichten darüber sind folgende.

Nach Rudorff (a. a. O. IV. S. 127. 128. 130. 131.) ist die o. n. n. ein Ueberrest einstigen Selbstschutzes. Zur Zeit der legis actiones hätten beide Parteien bei der negatorischen und confessorischen legis actio sacramento aus dem Einspruchs- und Baurecht in den Vindicien Besitz und Recht kraft eigener Macht behauptet, bis der Prätor Frieden geboten und einer der Parteien gegen Cautionsleistung den Interimsbesitz zugesprochen habe. Als sich dann nach Aufhebung der legisactiones in nicht centumviralen Sachen Besitz- und Rechtsstreit geschieden, habe sich statt des prohibitorischen Interdicts, durch welches das Provisorium nach Analogie des Eigenthumsbesitzes und der Fructuarstipulation hätte geordnet werden müssen, das Privatverbot und die außergerichtliche Caution aus dem Gesichtspunct rascher Ordnung des Zwischenzustands bis zur Entscheidung über das Petitorium erhalten; und das Edict habe Verbot und Fortbau in herkömmlicher Weise der Privatübereinkunft der Parteien überlassen: erst nach der

o. n. n. beginne die Cognition des Prätors behufs Regulirung des Provisoriums [9]).

Nach Hesse (Rechtsverh. zwischen Grundstücksnachb. II. S. 84 ff. Einspruchsrecht S. 98 ff.) ist der Grund der Einführung der ursprünglich nur auf den Schutz von Gebäudeservituten gegen Beeinträchtigung durch Bauwerke berechneten o. n. n. der gewesen. Durch die actio confessoria habe einem rechtswidrigen Bau nicht Einhalt gethan werden können, auch habe es kein Interdict zum Schutz des Besitzes bei diesen Servituten gegeben, es habe daher kein andres Mittel zur Hinderung des Baus existirt als die prohibitio mit dem daraus hervorgehenden interdictum quod vi aut clam; da aber dieses häufig

9) Gegen diese Ansicht macht Schmidt (a a. O. IV. S. 213.) mit Recht geltend, daß die Regelung der Besitzfrage für die Vindication der legis actiones und die Nunciation von Grund aus verschiedene Dinge seien. Für die rei vindicatio stehe es fest, daß die Besitzfrage erst nach abgethaner Vindication, nach dem provocare sacramento und nach dem Uebereinkommen über den judex geordnet worden, und es bestehe kein Grund, warum es bei der confessorischen oder negatorischen Vindication anders sollte gehalten worden sein, während doch die o. n. n. nothwendig Vorgängerin der Vindication sei; ferner werde bei der legis actio die Besitzfrage vom Prätor in Gegenwart und nach Gehör beider Theile geordnet, während die Nunciation ein einseitiger Act des Nuncianten sei, wobei weder der processualische Gegner noch der Magistrat anwesend zu sein brauche; endlich erfolge bei der legis actio des entwickelten Rechts die Ordnung der Besitzfrage nicht in Gegenwart des Grundstücks, sondern in jure, während die o. n. n. in re praesenti vorgenommen werden müsse.

durch ein interdictum uti possidetis des Gegners unwirksam zu machen gewesen sei, so sei ein unbedingt wirkendes und von diesem Interdict nicht berührtes Mittel zur Hinderung nöthig gewesen. Das sei die o. n. n. Sie habe ihren Ursprung in der Sitte der außergerichtlichen Denunciationen. Die Caution sei ursprünglich ein vadimonium conventionale, welches mit der in der o. n. n. enthaltenen Klagandrohung correspondirt habe. Dies sei schon vortheilhaft für den Kläger gewesen, weil er den Beklagten selbst vor den Magistrat habe bringen müssen, auch sei die Gefahr des Verlusts der Servitut durch Verjährung, welche mit dem Bau begonnen, dadurch gemindert worden. Damit seien aber erst die Parteirollen geordnet und die Einleitung und Feststellung des Petitoriums gesichert, hingegen über den Quasibesitz während des Processes nichts geregelt gewesen. In dieser Lage habe der Prätor die o. n. n. aufgegriffen, er habe einmal der o. n. n. die Kraft eines prätorischen Interdicts verliehen durch Einfügung des interdictum demolitorium, zugleich mit dem Vorbehalt, auf Antrag des Unternehmers zu erörtern, ob die Voraussetzungen, unter welchen die o. n. n. als Interdict wirken solle, vorhanden seien; sodann habe er den Quasibesitz während des Processes geordnet, indem er dem die cautio judicatum solvi Leistenden das interdictum ne vis fiat aedificanti gegeben habe. Die o. n. n. bezwecke also zunächst Erhaltung des Quasibesitzes und Sicherung desselben gegen Störungen; durch Caution gehe allerdings dieser Besitz wieder an den Unternehmer über, aber die Caution sichere den Nuncianten einmal insofern, daß Beklagter sich in jure stelle und den Proceß fortsetze, fer-

ner in Ansehung des Ausgangs des Processes, endlich in Ansehung der Verjährung.

Hasse (a. a. O. III. S. 627 ff.) denkt sich die historische Entwicklung unseres Instituts folgendermaßen. Vor der Aufnahme desselben in das prätorische Edict habe man, um der Nunciation Kraft zu verschaffen, in jedem einzelnen Fall sich vom Prätor einen Befehl, eine Vollmacht auf diese förmliche Art zu verbieten, geben lassen müssen. Dieser Befehl sei nur ertheilt worden, wenn man dem Prätor von dem Vorhandensein der Erforderniſſe überzeugt habe. Der ursprüngliche Hergang sei wohl der gewesen, daß der Beeinträchtigte beim Prätor die Anzeige von der Vornahme eines schädlichen opus gemacht habe: der Prätor verweise ihn auf die legis actiones, der Beeinträchtigte wolle dieselben auch anstellen, wünsche aber, daß bis zur Entscheidung des Processes mit dem Werk innegehalten werde; der Prätor untersuche nun die Sache, soweit es für die Nunciation erforderlich, und ermächtige jenen eventuell, dem Andern die Fortsetzung zu verbieten. Auf Grund dieser Vollmacht sei dann die Nunciation an Ort und Stelle förmlich vorgenommen worden. Bei einem Verstoß gegen dieses Verbot habe zugleich ein Verstoß gegen den Befehl des Prätors vorgelegen und es habe restituirt werden müssen ohne weitern Beweis des Rechts zur Nunciation, da dieses bereits vom Prätor anerkannt worden. Anders seit der Aufnahme in das Edict. Jetzt habe man aus der im Edict gegebenen allgemeinen Vollmacht, die für alle Fälle hingereicht habe, nunciirt. Wenn nun wegen Verletzung der so aus dem Edict geschehenen Nunciation das Interdict angestellt worden, so habe Beklagter die Anwendbarkeit jenes allgemeinen Befehls auf den con-

creten Fall leugnen können; da der Prätor nur aus einer jeden giltigen Nunciation ein Interdict versprochen, nicht aber wie früher die einzelne Nunciation für giltig erklärt habe, so müsse, wenn Beklagter die Giltigkeit leugne, Nunciant dieselbe beweisen.

Alle diese Ansichten sind wie gesagt nur Hypothesen und zum Theil sehr unwahrscheinliche. Volle Klarheit über die ursprüngliche Gestalt unseres Instituts und seinen eigentlichen Ausgangspunct wird bei dem mangelhaften Zustand unsrer Quellen kaum zu erlangen sein. Nur das läßt sich mit einiger Bestimmtheit behaupten, daß für die Entstehung und Ausbildung der o. n. n. der Umstand von maßgebendem Einfluß gewesen ist, daß dem durch solche bauliche Anlagen Beeinträchtigten oft große Gefahr und unersetzlicher Nachtheil drohen würde, wenn er bis zu der im Weg des ordentlichen Processes zu treffenden Entscheidung hilflos wäre, und daß in solchen Fällen der Nachtheil einer ungerechtfertigten Sistirung für den, welcher den bestehenden Zustand verändern will, regelmäßig geringer ist als der aus der Fortsetzung des Werks für den berechtigten Nuncianten erwachsende Nachtheil. Hat aber der Nunciant wirklich ein Recht zur Verhinderung, so ist es nicht blos die Rücksicht auf ihn, die diesem Institut seine innere Berechtigung giebt, sondern auch die Rücksicht auf den Unternehmer, der den größten Nachtheil leiden würde, wenn er nach vollendeter Anlage dieselbe als rechtswidrig wieder hinwegräumen müßte. Ja, vielleicht ist es gerade diese Erwägung gewesen, die einem solchen Privatverbot zunächst factische Beachtung Seitens des Unternehmers verschaffte, worin dann von selbst der Keim einer rechtlichen Gestaltung und Normirung des Verhältnisses lag. Gewiß wird sich

häufig der Unternehmer einer Anlage einem ernstlich ausgesprochenen Verbot zunächst gefügt haben, wenn er nicht vollständig von der Unrechtmäßigkeit des Einspruchs und von seinem Siege in dem im Hintergrund stehenden petitorischen Proceß überzeugt war. Wenn nun solche Fälle, wo der Unternehmer sich in seinem eignen Interesse dem Widerspruch fügte und, statt ihn ganz zu ignoriren, sich mit einer Beschwerde an den Prätor wandte, öfter vorkamen, so konnte sich allmählich auf dem Wege gewohnheitsrechtlicher Uebung leicht der Satz bilden, daß einem solchen Privatverbot zunächst Folge gegeben werden müsse, bis dann endlich der Prätor das Institut in seinen Voraussetzungen, Wirkungen und sonstigen Grundsätzen genauer normirte.

§. 1671.

II. Voraussetzungen der o. n. n.

1. Beschaffenheit des opus.

3. Damit einem gegen eine Anlage ausgesprochenen Privatverbot die eigenthümliche Wirkung zukomme, daß beim Zuwiderhandeln gegen dasselbe ein restitutorisches Interdict ohne alle Untersuchung der materiellen Berechtigung zu dem Verbot zulässig ist, müssen die im prätorischen Edict aufgestellten Voraussetzungen vorhanden sein. Diese Voraussetzungen beziehen sich auf die Beschaffenheit des opus, auf den Nunciationsact und auf den Grund der Nunciation.

Hinsichtlich der Beschaffenheit des opus sind die Voraussetzungen folgende.

Durch das Werk, welches verhindert werden soll, muß eine bleibende Veränderung auf Grund und

Boden hervorgebracht werden, es muß ein *opus in solo factum, solo conjunctum, solo cohaerens* sein und dahin wird nach der Interpretation der römischen Juristen nur das Bauen und Niederreißen von Gebäuden gerechnet.

l. 1. §. 11. 12. h. t.: Opus novum facere videtur, qui aut *aedificando* aut *detrahendo* aliquid *pristinam faciem operis mutat.* (§. 12.) Hoc autem edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae *solo conjuncta* sunt, quorum *aedificatio vel demolitio* videtur opus novum continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc edictum non pertinere, quia ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc edictum.

An sich liegt in dem Begriff des opus in solo factum nicht, daß es eine auf bauliche Anlagen bezügliche Thätigkeit sein muß. Auch beim interdictum quod vi aut clam sind es nur opera in solo facta, die den Gegenstand desselben bilden (l. 1. §. 4. quod vi a. cl. 43. 24.), und auch hier wird an dem Erforderniß des opus in solo factum streng festgehalten und dazu ein terrae et quodammodo solo ipsi corrumpendo manus inferre verlangt (l. 7. §. 5. l. 9. §. 3. l. 10. eod.). Und doch ist hier der Begriff des opus in solo factum ein weiterer als dort: nicht blos das Errichten und Niederreißen von Gebäuden fällt unter das Interdict, sondern auch das Abhauen von Bäumen, Abschneiden von Weinstöcken, Ziehen von Gräben, Ackern u. s. w. (l. 7. §. 5. l. 9. §. 3. l. 13. pr. §. 3. 4. 7. eod.), während gerade diese Fälle nach l. 1. §. 12. cit. von

der o. n. n. ausdrücklich ausgeschlossen sind. Dieser engere Begriff von opus bezüglich von opus in solo factum bei der o. n. n. rechtfertigt sich aus dem Zweck derselben, gerade bei Baustreitigkeiten eine schnelle Rechtshilfe zu gewähren[10]).

Hiernach ist es vollständig unberechtigt, wenn Unterholzner (Schuldverh. II. S. 173. N. n.) mit Berufung auf l. 7. §. 5. quod vi aut clam sagt, das Ausroden eines Waldflecks oder Weidichts falle unter das Interdict aus der o. n. n. Auch in den Entscheidungen höchster Gerichtshöfe findet diese falsche Ansicht ihre Vertretung. So sagt das OAG. zu Jena (bei Emminghaus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 454.) und zwar sogar unter Berufung auf l. 1. §. 11. 12. cit., jede Veränderung, die Jemand äußerlich mit Grundstücken vornehme, sei ein opus novum, und das OAG. zu Darmstadt (bei Emminghaus a. a. O.) erklärt jedes mit dem Boden zusammenhängende Werk für ein opus novum im Sinn des Edicts, da l. 1. §. 11. h. t. nur einen speciellen Fall behandle und ein großer Theil der Rechtslehrer der Ansicht sei, daß die Anlage von Dämmen, Gräben, Erdhaufen, Brunnen dem Interdict unterliege[11]). Den Nachweis dieses großen Theils der Rechtslehrer ist das letztere Erkenntniß schuldig geblieben und selbst wenn es ihn erbracht hätte, würde darum die Behauptung doch nicht richtig sein. Zunächst ist es falsch, daß die l. 1. §. 11. h. t. nur einen speciellen

10) Darüber, daß die römischen Juristen zu einer solchen restrictiven Interpretation die Berechtigung hatten, vgl. Savigny Syst. I. S. 298. N. f.

11) Vgl. über die Praxis des OAG. zu Darmstadt auch Heinzerling im civ. Arch. N. F. III. S. 246. 247.

Fall behandle, in dem Sinn, wie das Darmstädter Erkenntniß es meint, daß nämlich darin nur von einem Beispiel die Rede sei. Diese Stelle will vielmehr, nachdem bis dahin blos von opus novum im Allgemeinen gesprochen war, mit den Worten: opus novum facere videtur qui aut aedificando aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat eine Definition von opus novum geben, wie dies denn auch im folgenden §. mit den Worten wiederholt wird, daß die aedificatio oder demolitio eines opus solo conjunctum ein opus novum enthalte. Dazu kommt, daß nicht nur in allen Beispielen, die etwas concreter von Fällen der o. n. n. sprechen, stets nur von aedificatio oder demolitio eines Bauwerks die Rede ist, sondern daß auch in vielen Stellen opus novum facere als begrifflich identisch mit aedificare gebraucht wird, so daß der Gedanke, es könne opus einen weiteren Sinn haben, geradezu ausgeschlossen sein muß [12]).

Ein Bedenken darf aber nicht verschwiegen werden, daß nämlich der o. n. n. auch bei der refectio und purgatio von rivi und cloacae Erwähnung geschieht. Zwar ist bestimmt, daß die o. n. n. hierbei nicht zulässig sei, aber dieser Ausschluß ist kein begrifflicher, sondern wird ausdrücklich als Ausnahme bezeichnet und es wird als Grund dafür angegeben, daß publicae salutis et securitatis intersit et cloacas et rivos purgari und daß es, da der Prätor zum Schutz der Vornahme dieser Handlungen ein prohibitorisches Interdict gebe, absurd sein würde, wenn die Vornahme dieser Handlungen

12) L. 1. §. 7. l. 3. §. 2. l. 5. §. 2. 5. 7. 20. l. 8. §. 2. 4. h. t. Vgl. auch l. 5. §. 9. l. 20. §. 10. eod. Reinhard Verm. Auff. S. 4.

durch eine o. n. n. gehindert werden könne[13]). So könnte offenbar nicht gesagt werden, wenn hier im Sinn des Edicts gar kein opus novum vorläge: es würde sonst einfach der Hinweis auf den Mangel der edictsmäßigen Voraussetzungen genügt haben. Es fragt sich demnach, wie hiermit unsere obige durch zahlreiche Quellenzeugnisse bestätigte Behauptung, daß die o. n. n. principiell nur bei Bauwerken Anwendung finde, in Einklang zu bringen ist, da man doch das Reinigen eines Abzugscanals oder einer Wasserrinne nicht als Bauwerk bezeichnen kann. Eine Aufklärung dieses scheinbaren Widerspruchs giebt uns der Inhalt des T. D. de rivis 43. 21. und de cloacis 43. 23. in den Stellen, die über die Begriffe von purgare und reficere sprechen. Nach l. 1. §. 7. de rivis ist mit dem purgare das reficere sehr häufig verbunden, und über den Umfang des Begriffs reficere ist im vorhergehenden §. 6. gesagt: verbo reficiendi tegere, substruere, sarcire, aedificare, item advehere apportareque ea quae ad eandem rem opus essent, continentur. In l. 3. §. 1. eod. heißt es: si rivum qui ab initio terrenus fuit, qui aquam non continebat, caementicium velit facere, audiendum esse — mihi videtur urgens et necessaria refectio esse admittenda, und nach l. 1. §. 12. de cloac. steht das interdictum de cloacis auch zu dem Behufe zu, ut in vicini aedes veniat et rescindat pavimenta purgandae cloacae causa. Es kommt also jedenfalls bei diesem purgare und reficere vor, daß die Voraussetzung der o. n. n., aedificatio oder demolitio eines opus solo cohaerens, vorliegt und auf diese Fälle wäre, wenn nicht eben hier eine Ausnahme bestände, unzweifel-

13) L. 5. §. 11. 12. h. t. l. 3. §. 8. de riv. 43. 21.

haft die Zulässigkeit der o. n. n. beschränkt, während wenn Jemand eine Cloake ohne jede bauliche Veränderung reinigt, von der Anwendbarkeit dieses Einspruchs nach dem Begriff des opus novum nicht die Rede sein könnte. Daß aber eine genauere Erörterung hierüber und eine Unterscheidung der verschiednen bei einer purgatio und refectio möglichen Fälle, in welchen die o. n. n. principiell statthaft, in welchen sie principiell ausgeschlossen sein würde, von den römischen Juristen nicht vorgenommen worden ist, erklärt sich einfach daraus, daß eine solche Untersuchung ohne allen practischen Werth gewesen wäre, da jedenfalls bei einem jeden solchen purgare und reficere die o. n. n. unstatthaft war.

4. Das opus solo conjunctum in dem nunmehr festgestellten Sinn muß aber ferner, wie dies schon im Wort operis *novi* nunciatio liegt, ein *novum* sein, eine bauliche Anlage, die gegenüber dem bisherigen Zustand des Grundstücks eine wirkliche Neuerung ist, die, wie l. 1. §. 11. h. t. es ausdrückt, pristinam faciem mutat. Ein opus novum liegt aber nicht blos dann vor, wenn ein ganz und gar neues Werk hergestellt z. B. ein Haus von Grund aus neu errichtet wird, sondern auch wenn ein schon bestehendes nur erweitert z. B. auf ein Haus ein neues Stockwerk aufgesetzt wird. Dasselbe gilt, wenn ein schon bestehendes Werk ganz oder theilweis zerstört wird. Wenn es sich hingegen blos um die Erhaltung eines schon vorhandenen opus handelt, wenn nur eine Reparatur vorgenommen wird, so daß danach das Werk äußerlich als nichts anderes erscheint als wie es sich schon vorher darstellte, wenn z. B. ein altes Gebäude gestützt wird, so ist ein opus novum nicht vorhanden:

l. 1. §. 13. h. t. Si quis aedificium vetus fulciat, an opus novum ei nunciare possumus, videamus. Et magis est, ne possimus: hic enim non opus novum facit, sed veteri sustinendo remedium adhibet.

Wenn nach l. 1. §. 6. de riv. der Begriff von Repariren der ist: quod corruptum est, in pristinum statum restaurare, nach l. 1. §. 11. h. t. aber gerade das pristinam faciem mutare das Wesen des opus novum bildet, so scheint danach festzustehen, daß bloses Repariren die o. n. n. nicht begründet. Dennoch bleiben noch Zweifel. Die l. 1. §. 13. cit. spricht nur vom Stützen eines alten Gebäudes, um es nicht einfallen zu lassen. Wie ist es aber dann, wenn das Stützen zu dem Behufe geschieht, um das schadhafte untere Stockwerk wegzunehmen und durch ein neues zu ersetzen? Auch hier kann man sagen, daß man veteri sustinendo remedium adhibet, und doch wird man darin unter Umständen ein die o. n. n. begründendes opus novum erblicken können, wie z. B. unzweifelhaft dann, wenn es sich um Anwendung der o. n. n. zum Zweck der Erlangung der cautio damni infecti handelt. Oder wenn ein ganz oder theilweis zerstörtes Haus in derselben Weise wie es vorher bestanden hat wieder aufgebaut wird: welches ist hier die pristina facies? Der Zustand, wie er vor oder der, wie er nach der Zerstörung bestanden hat? Dem Inhaber einer servitus tigni immittendi wird man hier unzweifelhaft die o. n. n. versagen, dem Eigenthümer hingegen der Bauthätigkeit eines Dritten gegenüber gestatten. Oder wenn Jemand sein Haus um ein Stockwerk niedriger machen will, so wird darin für denjenigen, dem eine servitus tigni immittendi

zusteht, eine Berechtigung zur o. n. n. liegen, hingegen nicht für den, der eine servitus altius non tollendi hat.

Es kommt danach für Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit der o. n. n. gegenüber einem aedificare oder detrahere wesentlich auf die Gründe an, aus welchen nunciirt werden soll. Dadurch aber, daß in manchen Fällen einem Neubau gegenüber die Nunciation ausgeschlossen ist, wird der Begriff des opus novum selbst nicht alterirt, vielmehr bleibt dieser immer derselbe; er muß aber gerade deßhalb, weil bei seiner Bestimmung eine specielle Rücksichtnahme auf alle möglichen einzelnen Fälle nicht denkbar ist, in einer Weise allgemein gefaßt sein, daß diese verschiednen möglichen Fälle durch ihn gedeckt sind. Und das ist durch die Definition der l. 1. §. 11. cit. geschehen, die man wohl so umschreiben kann: ein opus novum liegt dann vor, wenn der unmittelbar vor der factischen Möglichkeit des Einspruchs bestehende Zustand äußerlich sichtbar aufgehoben wird durch eine an dem Grundstück vorgenommene und dessen bisherige äußere Gestalt ändernde bleibende Vorrichtung, die im Errichten oder Niederreißen eines Gebäudes besteht. Danach fällt an sich auch der Wiederaufbau eines abgebrannten Hauses ganz in derselben Weise wie es vorher bestanden unter den Begriff des opus novum, ebenso das Abtragen eines Stockwerks, sei es um das Haus niedriger zu machen, sei es um das weggenommene Stockwerk durch ein neues zu ersetzen, ohne daß aber, wie dies die obigen Beispiele zeigen, wegen dieses opus novum stets die Nunciation zulässig ist[14]).

14) Es ist hiernach falsch, wenn Wening-Ingenheim

5. Ein weiteres Erforderniß des opus novum solo cohaerens ist das negative, daß das Werk noch nicht vollendet sein darf. Es ergiebt sich dies Erforderniß aus dem Zweck der o. n. n., welcher lediglich darin besteht, die Vollendung des Werks vorläufig zu hindern. Ist das Werk unbefugter Weise bereits vollendet, ehe zur o. n. n. gegriffen wurde, so müssen andere Rechtsmittel restitutorischer Art gebraucht werden und zwar ist hier insbesondere das interdictum quod vi aut clam anwendbar.

l. 1. §. 1. h. t. Hoc autem edictum remediumque o. n. n.is adversus *futura* opera inductum est, *non adversus praeterita*, hoc est adversus ea quae *nondum facta* sunt, ne fiant: nam si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, cessat edictum de o. n. ne et erit transeundum ad interdictum „quod vi aut clam factum erit, ut restituatur" — —

Es fragt sich aber, ob zu diesem negativen Moment, daß ein opus futurum nondum factum erfordert wird, noch das positive Moment hinzutritt, daß es schon angefangen sein muß. Manche Schriftsteller heben diesen Punct nicht hervor, andere beantworten ihn verschieden. So spricht Mühlenbruch (Pand. §. 463). von einer Neuerung, welche Jemand vorzunehmen im Begriff steht oder begonnen hat, während nach Unterholzner (Schuldverh. II. S. 171. N. c.) die Arbeit bereits begonnen haben muß und ein voreiliger Einspruch,

(Gem. Civilrecht §. 316. N. v.) meint, daß sich aus dem Erforderniß des opus novum die Bestimmung in l. 5. §. 11. h. t. und l. 3. §. 8. de riv. hinsichtlich des reficere und purgare der Cloaken erkläre.

der erhoben wird, ehe man noch sehen kann, was im Werke ist, keine Kraft hat. In den Quellen ist diese Frage nicht näher erörtert, weil in der That Alles auf den Begriff des Anfangens ankommt und dieser sich kaum fest begrenzen läßt. An der Unterholzner-schen Ansicht ist jedenfalls das unrichtig, daß das Anfangen und das Ersichtlichsein dessen, was im Werke ist, identifizirt und die o. n. n. für kraftlos erklärt wird, wenn das letztere Moment fehlt. Soll der Inhaber einer servitus ne prospectui officiatur, wenn der Nachbar ein Gebäude aufführt, erst warten müssen, bis das Gebäude die Höhe erreicht, daß es seine Aussichtsgerechtigkeit zu bedrohen anfängt, wo dann möglicherweise nur kurze Zeit noch erforderlich ist, um das Werk zu einem vollendeten, die o. n. n. ausschließenden zu machen? Oder soll derjenige, dem eine servitus oneris ferendi zusteht, gegenüber dem das servitutpflichtige Gebäude einreißenden Nachbar so lange zur Unthätigkeit gezwungen sein, bis seine Stützgerechtigkeit beeinträchtigt zu werden beginnt? In dem Erforderniß des opus futurum nondum factum liegt das sicherlich nicht, die l. 1. §. 8. h. t. (potest quis nunciare etiam ignorans quod opus fieret) spricht entschieden dagegen und ein gleiches Gegenargument läßt sich aus der l. 5. §. 10. h. t. entnehmen, wo die o. n. n. dann als möglich erwähnt wird, quotiens quis in nostro aedificare vel in nostrum immittere *vult*[15]). Auf der andern Seite ist es aber trotz der eben citirten Stelle nicht genau genug zu

15) Vgl. auch l. 8. §. 1. h. t.: qui o. n. nunciat, si quid operis jam factum erit, in testationem referre debet ut appareat quid postea factum sit.

sagen, die o. n. n. sei wegen einer jeden Neuerung zulässig, die Jemand vorzunehmen im Begriff steht. Aus den Worten der l. 1. §. 1. h. t.: adversus futura opera hoc est adversus ea quae nondum facta sunt ne fiant folgt das nicht, die futura opera sind nicht Werke, die überhaupt künftig einmal vorgenommen werden könnten, sondern bilden nur den Gegensatz zu den bereits vollendeten. Ebensowenig kann man sich dafür auf die Worte der l. 5. §. 10. cit. quotiens quis aedificare *vult* stützen, denn daß diese zu allgemein lauten, zeigt schon die Erwägung, daß offenbar der blos innere Wille zur Begründung der o. n. n. nicht hinreicht. Aber auch die wörtliche Erklärung, einen Bau unternehmen zu wollen, kann man nicht für genügend erachten. In einer solchen verbalen Prätention kann wohl der Grund zu einer petitorischen Klage liegen, zur o. n. n. giebt dieselbe, so lange zur thatsächlichen Ausführung dieses Willens am Grundstück selbst noch nichts gethan ist, keine Berechtigung. Hingegen dies, der Anfang der thatsächlichen Ausführung des Willens am Grundstück selbst, muß auch genügen: durch jede Thätigkeit am Grundstück, die, wenn sie auch selbst zunächst noch nicht unter den Begriff des zu inhibirenden opus fällt, doch zu einem solchen opus zu führen geeignet ist und als dessen möglicher Anfang erscheint, wird die Existenz dieses Erfordernisses des Beginns begründet. Nimmt man dies nicht an, so fehlt es an jeder Grenze für die Bestimmung, von welchem Moment an die o. n. n. zulässig sein soll. Auch hier ist natürlich mit der Entscheidung dieser Frage noch nicht festgestellt, ob nun die Nunciation ihren übrigen Erfordernissen nach begründet oder ob sie eine solche ist, die der Nunciat ignoriren

kann[16]). Die Stelle, auf welche Unterholzner seine Ansicht stützt, die l. 21. §. 3. h. t.:

> Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum caementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis,

handelt gar nicht von dem Erforderniß des opus novum, sondern es ist hier, wie der Zusammenhang mit den vorhergehenden und folgenden §§. zeigt, die Rede von der stipulatio de o. n. n^o^, in welcher cavirt wird: quod opus novum factum erit, id restitutum iri, und der Sinn dieser Stelle ist, daß in der Caution „nur für opus factum, also im Ganzen, nicht für Einzelarbeiten ohne Vollendung des ersten die Gewähr übernommen wird[17]).“

6. Die letzte Voraussetzung in Bezug auf die Beschaffenheit des opus ist endlich die, daß das neue Werk einen Nachtheil, sei es für das allgemeine öffentliche Interesse oder das Interesse eines Einzelnen im Gefolge haben muß, so daß z. B. wer eine servitus altius non tollendi gegenüber einem Gebäude hat, nicht wirksam nunciiren kann, wenn das Gebäude niedergerissen und der

16) Wenn z. B. der das Dach Abnehmende kein neues Stockwerk aufsetzen, sondern nur sein Haus neu decken will ohne sonstige Veränderung, so braucht er sich an die vom Servitutberechtigten zum Schutz seiner servitus ne luminibus officiatur vorgenommene Nunciation nicht zu kehren.

17) Rudorff a. a. O. IV. S. 144. 145. — Opus factum ist nicht, wie Unterholzner es versteht, identisch mit opus coeptum, sondern wie in l. 1. §. 1. h. t. mit opus perfectum.

Platz künftig als unbebauter benutzt werden soll[18]). Es kann daher trotz des Vorhandenseins der übrigen Erfordernisse — wie dies bereits bei der Besprechung des zweiten und dritten Erfordernisses erwähnt worden — immer noch fraglich sein, ob die o. n. n. nun wirklich im concreten Fall begründet ist.

Schließlich ist nur noch zu bemerken, daß auf den Ort, wo das opus gemacht wird, ob er intra oder extra oppida, in privato oder in publico gelegen ist, nichts ankommt. Auch das ist gleichgiltig, ob der Ort schon ein Gebäude trägt oder ob er unbebaut ist[19]).

Es ist daher entschieden unrichtig, wenn Heimbach (Rechtslex. VII. S. 582.) behauptet, das Grundstück, auf dem das opus errichtet wird, müsse ein Haus sein. Hingesehen auf das ausdrückliche Zeugniß der l. 20. §. 2. h. t. (sive vacuus locus sit, ubi nunciatum est, sive aedificatus, aeque huic interdicto locus erit) bedarf es keiner besondern Widerlegung der für diese Behauptung vorgebrachten durchaus unhaltbaren Gründe.

Ebenso falsch ist die Ansicht desselben Schriftstellers, es müsse das durch den Neubau benachtheiligte Grundstück ein Haus sein. Der eine Grund, daß überall, wo eines Grundstücks halber nunciirt werde, Häuser beispielsweise vorkämen, ist nicht richtig, nicht einmal die von Heimbach selbst angeführten Stellen, l. 5. §. 8. und l. 3. §. 1. h. t., enthalten eine Bestätigung; der zweite Grund, daß, wo die Nunciation wegen Verletzung der Servitut erfolgt, nur Häuserservituten erwähnt würden, welche Landgrundstücken nicht zustehen könnten,

18) Vgl. l. 6. §. 7. si serv. vind. 8. 5.
19) L. 1. §. 14. h. t. l. 20. §. 2. eod.

widerlegt sich nicht blos dadurch, daß auch für einen unbebauten Platz eine sogenannte servitus urbana begründet sein kann, sondern auch dadurch, daß die o. n. n. gar nicht blos wegen Verletzung von Servituten, sondern auch wegen Verletzung der Substanz des Grundstücks zulässig ist, und nicht blos zur Conservirung eines Rechts, sondern auch damni depellendi causa, und nicht blos im Privat-, sondern auch im öffentlichen Interesse, in welchen Fällen überall nicht der geringste Grund einer Beschränkung der o. n. n. auf den Fall eines einem Hause drohenden Schadens vorliegt.

Auch die weitere von Baron (krit. Vierteljahrsschrift VII. S. 486 ff.) aufgestellte Behauptung, die o. n. n. juris nostri conservandi causa setze einen Streit zwischen zwei Grundnachbarn voraus, ist unbegründet. Der Hauptfall ist das allerdings und auf ihn bezieht sich die von Baron citirte l. 21. h. t. Daß aber die o. n. n. auch dann zulässig ist, si quis aedificat in nostro im Gegensatz zu dem Fall si in suo quid facit und in nostras aedes quid immittit, ist doch in l. 5. §. 8—10. h. t. deutlich genug ausgesprochen. Davon, daß der in nostro aedificans unser Nachbar sein müsse, ist keine Rede; auch würde ein solches Erforderniß keinen Sinn haben, da es für die Verletzung der Substanz meines Grundstücks gleichgiltig ist, ob der Bauende mein Nachbar ist oder nicht.

§. 1671 a.

2. Der Nunciationsact.

7. Die o. n. n. ist ein Privatact, der in der wörtlichen in einer gewissen Weise abgegebenen Erklärung besteht, daß man einen Einspruch gegen das opus novum erhebe.

Solche Privatacte einer außergerichtlichen Ankündigung an den Gegner, in der römischen Volkssitte wurzelnd und allmählich zu Rechtsacten erhoben, kommen im römischen Recht in den verschiedensten Verhältnissen und zu den verschiedensten Zwecken vor, theils im Proceß theils außerhalb desselben, theils um Rechte zu erwerben, theils um Rechte zu erhalten[20]). Daneben kommen zwei Ankündigungen vor, für die der Ausdruck nunciatio gebräuchlich ist, die nunc. ad fiscum und die nunc. novi operis. Asverus (S. 3. 127.) sieht den Unterschied dieser Ausdrücke darin, daß denunciatio eine mehr oder weniger feierliche Verkündigung, nunciatio hingegen ein nicht feierliches oder wenn auch nicht ein ganz unfeierliches, so doch ein weniger feierliches Verkünden bedeute. Diese Unterscheidung ist nicht nur höchst unbestimmt, sondern auch unbegründet: unter den von Asverus selbst angeführten Beispielen finden sich solche, wo das denunciare offenbar ganz unfeierlich ist[21]). Und wenn Asverus (S. 127.) meint, man könne sich, da doch die

20) Asverus Die Denunciation der Römer S. 69. ff. zählt über 60 verschiedene Arten auf.

21) So die denunciatio zur Verhütung des int. quod vi aut clam, wo das scire des Gegners dem denunciare gleichsteht (S. 87. Nr. 22.). Ferner der Fall sub A. 2. (S. 69.), wo nur denunciatio saepe missa verlangt wird, ohne daß ein Grund besteht, hier eine besondere Feierlichkeit für nothwendig zu halten; ebensowenig bedarf die bei einem pactum de non distrahendo pignore vorkommende dreimalige Denunciation einer besondern Solennität; in dem Fall B. 3. (S. 76.) ist in l. 24. C. de neg. gest. 2. 19. gerade das einfache contradicere mit denunciare identisch gebraucht.

o. n. n. vor Zeugen vorgenommen werde, das weniger feierliche Verkünden nur so vorstellen, daß entweder weniger als drei Zeugen ausreichten oder daß sie nicht rogirte mannbare römische Bürger zu sein brauchten, so ist nicht nur die Prämisse unrichtig (s. unten Ziff. 12.), sondern es fehlt auch für seine Auflösung dieser selbst geschaffenen Schwierigkeit an jedem Anhalt. — Von den spätern Pandectenjuristen und im Codex wird statt o. n. n. auch der Ausdruck denunciatio gebraucht[22]). Die Erklärung von Asverus, daß später, obgleich es nicht nothwendig gewesen, doch aus Vorsicht auch drei selbst rogirte männliche Zeugen zugezogen worden seien und daß sich daher der Sprachgebrauch geändert habe, ist wieder mehr als unwahrscheinlich. Denn warum sollte später eine Vorsicht nothwendig geworden sein, deren man Jahrhunderte lang nicht bedurft hatte? Und was war dabei überhaupt vorzusehen oder was wäre durch die Rogation sicherer geworden? Gegen diese Ansicht sprechen auch die von Stölzel (S. 21.) geltend gemachten Gründe, daß es etwas ganz Abnormes wäre, wenn für ein formloses Geschäft sich nach und nach eine bestimmte Form gebildet hätte, und daß es die ganze Wirkung der ein besonders schleuniges Verfahren erheischenden o. n. n. vereiteln hieße, wenn man die Zuziehung dreier Solennitätszeugen für obligatorisch oder auch nur für üblich erklären wollte. Der erst später auftretende Gebrauch des Ausdrucks denunciatio erklärt sich vielmehr daraus, daß die ältere Zeit an einem einmal üblichen Kunstausdruck, wie es o. n. n. gerade im Gegensatz zu dem in sehr verschiedenen Bedeutungen und

22) Vgl. Stölzel a. a. O. S. 21.

Anwendungen vorkommenden denunciatio war, strenger festhielt, während die spätere Zeit darin laxer wurde.

8. Die genaue Kenntniß der Form der o. n. n. fehlt uns. Das, was die Quellen direct darüber mittheilen, ist Folgendes:

Einer Mitwirkung des Prätors bedarf es nicht. Die o. n. n. ist eben ein außergerichtlicher Act, dessen Berechtigung sich auf die allgemeine Verheißung im prätorischen Edict stützt.

l. 1. §. 2. h. t. Nunciatio ex hoc edicto non habet necessariam praetoris aditionem. Potest enim nunciare quis, etsi eum non adierit.

Diese außergerichtliche Erklärung muß abgegeben werden *in re praesenti*, d. h. an Ort und Stelle, wo das zu inhibirende Bauwerk in Angriff genommen wird. Aus diesem Grund ist, wenn an mehreren Orten gebaut wird, für jeden Bau eine besondere Nunciation erforderlich.

l. 5. §. 2. h. t. Nunciationem autem *in re praesenti faciendam* meminisse oportebit, id est eo loci, ubi opus fiat — §. 4. Si quis forte in foro domino opus novum nunciat, hanc nunciationem nullius esse momenti exploratissimum est: *in re* enim *praesenti* et paene dixerim *ipso opere*, hoc est *in re ipsa*, nunciatio facienda est — §. 16. Si in pluribus locis opus fiat — quia *in re praesenti* fit nunciatio, plures nunciationes esse necessarias —

Hasse (S. 587.) zieht auch die l. 5. §. 7. h. t.: Si quis ipsi praetori velit o. n. nunciare, debet, ut interim testetur non posse se nunciare: et si nunciavit postea et quod retro aedificatum erit,

destruendum erit, quasi repetito die nunciatione facta

hierher, indem er sagt, der Fall dieser Stelle mache von der Nothwendigkeit in re praesenti zu nunciiren, eigentlich keine Ausnahme. Er versteht die Stelle nämlich so, als ob es durch irgend ein Hinderniß unmöglich sei, in re praesenti zu nunciiren, z. B. weil der Herr des Bodens den Zutritt wehrt: hier solle man zum Prätor gehen und ihm diese Unmöglichkeit bezeugen. Davon enthält aber die Stelle kein Wort. Es heißt nicht: wenn Jemand nicht nunciiren kann, muß er dem Prätor diese Unmöglichkeit bezeugen, sondern: wenn Jemand dem Prätor nunciiren will, muß er, weil er gegen diesen eine eigentliche o. n. n. nicht vornehmen kann, inzwischen zur testatio greifen u. s. w. Die o. n. n. dem Prätor gegenüber ist aber unzulässig nach dem allgemeinen Grundsatz, daß der Magistrat während der Dauer seiner Amtsführung mit Privatstreitigkeiten nicht behelligt werden soll[23]), wozu hier noch kommt, daß die o. n. n. wie ein vom Prätor ausgehendes Verbot, wie ein Ausfluß des dem Privaten zu diesem Behuf übertragenen prätorischen Imperiums betrachtet wird, welches demnach dem Prätor selbst gegenüber nicht anwendbar ist[24]).

Der Grund, der für dieses Requisit der Vornahme

23) Vgl. Schmidt a. a. O. VIII. S. 28. A. 25. Vangerow Pand. III. §. 676. Anm. I. 4. Unterholzner Schuldverh. II. S. 172. VI. — Daß danach die l. 5. §. 7. cit. auch nicht als Beweis für die Existenz einer sog. nunc. publica oder judicialis angeführt werden kann, ist klar. Vgl. Schmidt a. a. O.

24) Vgl. l. 1. §. 10. h. t. l. 7. §. 14. de pact. 2. 14. l. 20. §. 1. h. t. S. auch unten Ziff. 41. Anm. 19.

der o. n. n. in re praesenti von Ulpian in l. 5. §. 4. cit. angegeben ist (ut confestim per nunciationem ab opere discedatur; ceterum si alibi fiat nunciatio, illud incommodi sequitur, quod dum venitur ad opus, si quid fuerit operis per ignorantiam factum, evenit, ut contra edictum praetoris sit factum), wird häufig als bloser Scheingrund aufgefaßt. Dies ist jedenfalls nicht in der Weise richtig, wie Stölzel (S. 23.) meint, wenn er sagt: „dieser Grund könne nur dahin führen, dem Nuncianten anzurathen, in re praesenti zu nunciiren, damit alsbald eingehalten und nicht in der Zwischenzeit, ehe die Nunciation bis zu dem Werk gelangt, gegen dieselbe gefehlt werde". Denn nach der Erörterung Ulpian's soll diese Bestimmung nicht etwa im Interesse des Nuncianten, sondern des Unternehmers getroffen sein: es wäre hart für diesen, wenn ihm in foro nunciirt würde und nun in der Zwischenzeit, ehe er zum Bau gelangt, um dessen Einstellung anzuordnen, weiter gebaut worden wäre und dies als contra edictum factum wieder eingerissen werden müßte. Was Stölzel weiter gegen diesen Grund vorbringt — daß, wenn nur deßhalb die nicht in re praesenti geschehene Nunciation ungiltig wäre, der nämliche Grund auch der Wirksamkeit einer nicht in re praesenti erfolgten das interdictum quod vi aut clam erzeugenden Prohibition entgegenstehen müsse — ist nicht zutreffend. Ulpian argumentirt ja so: wenn man das Erforderniß der praesentia rei nicht aufgestellt habe, so würde, da dann natürlich eine nicht in re praesenti vorgenommene o. n. n. giltig gewesen wäre, den Unternehmer der Nachtheil getroffen haben, daß auch das vor der Möglichkeit seines Einschreitens Gebaute als contra edictum factum habe

restituirt werden müssen; hinsichtlich der prohibitio führt aber Stölzel selbst aus, daß dasjenige, was ohne Verschulden des Prohibirten in der Zeit, ehe das Verbot zum opus gelangen konnte, geschehe, nicht für vi factum gelte. Das ist aber gerade anders, als es nach Ulpian bei der o. n. n., wenn das Erforderniß der praesentia rei nicht bestände, sein würde: hier wäre eben in diesem Fall doch contra edictum gehandelt, noch ehe das Verbot zum opus gelangen könnte. Der Fehler in Stölzel's Beweisführung liegt darin, daß er bei der Frage nach dem Grund dieses Erfordernisses Ulpian einen Satz aufstellen läßt, der doch erst dann richtig wäre, wenn das Erforderniß schon feststände, ohne einer Begründung zu bedürfen, den Satz nämlich, daß die nicht in re praesenti vorgenommene o. n. n. ungiltig sei. Ulpian geht aber bei seiner Argumentation gerade von der Giltigkeit der nicht in re praesenti vorgenommenen Nunciation aus, um an den Folgen, die dies haben würde, zu zeigen, daß das Erforderniß des Nunciirens in re praesenti mit vollem Grund aufgestellt sei. Diese Erwägung hat also in der That ihre Berechtigung. Jedoch darf man sie allerdings nicht für den allein oder hauptsächlich entscheidenden Grund dieses Erfordernisses halten. Derselbe liegt vielmehr in dem eigenthümlichen Wesen der o. n. n. als eines in rem wirkenden Rechtsmittels: nicht allein die Person des jetzigen Unternehmers soll durch das Verbot gebunden werden, sondern der Bann ruht gleichsam auf dem Werk selbst und dauert fort ungeachtet aller Veränderungen in der Person des Nunciaten. Und darum, damit das Verbot diese dingliche über die Person des jetzigen Nunciaten hinausgreifende Wirksamkeit habe, ist es erforderlich, daß nicht beliebig

irgendwo dem jetzigen Unternehmer gegenüber das Verbot ausgesprochen, sondern das Werk selbst in Bann gelegt und ihm unmittelbar der Einspruch gemacht werde und daß sich so gewissermaßen äußerlich ausspricht, das Verbot gehe ohne Vermittlung einer Person direct gegen das Werk selbst. Daher ist auch der Satz: o. n. n. *in rem fit,* non in personam (l. 10. h. t.) nicht blos als Wirkung, sondern auch als Voraussetzung der o. n. n. zu verstehen[25]).

9. Hätte man aber diesen Gedanken streng consequent durchführen wollen, so würde das zu großen Inconvenienzen geführt haben. Es müßte danach z. B. auch genügen, wenn Jemand nächtlicher Weile ein Verbot gegen das opus erlassen hätte: es würde auch hier der das Werk Fortsetzende sich dem interdictum demolitorium ausgesetzt haben. Darum ist als zweite das Erforderniß der rei praesentia ergänzende Voraussetzung die aufgestellt, daß bei der Nunciation Jemand zugegen sein muß, durch dessen Ohren, wie Hasse (S. 588.) es ausdrückt, gleichsam das Werk selbst das Verbot vernahm. Es braucht dies nicht der Bauherr selbst zu sein, sondern es genügt die Gegenwart eines jeden Andern, der *domini operisve nomine* sich an Ort und Stelle befindet, d. h. der in irgend einer Beziehung mit dem Bauherrn oder dem Werk selbst steht und dem daher der Einspruch nicht gleichgiltig ist und von dem der Bauherr Nachricht von dem Einspruch erhalten kann, z. B. Sclaven, Kinder, die Frau des Bauherrn, beim Bau beschäftigte Bauleute u. s. w., nicht aber ein zufällig an der Baustelle vorübergehender Fremder.

25) Vgl. auch unten Ziff. 12. bei Anm. 32.

l. 5. §. 3. h. t. Nunciari autem non utique domino oportet: sufficit enim in re praesenti nunciari ei, qui in re praesenti fuerit, usque adeo, ut etiam fabris vel opificibus, qui eo loci operantur, opus novum nunciari possit. Et generaliter ei nunciari o. n. potest, *qui in re praesenti fuit domini operisve nomine,* neque refert, quis sit iste vel cujus conditionis qui in re praesenti fuit: nam et si servo nuncietur vel mulieri vel puero vel puellae, tenet nunciatio: sufficit enim in re praesenti operis novi nunciationem factam *sic, ut domino possit renunciari.*

Der Zweck dieses Requisits ist selbstverständlich der, daß der Bauherr Kunde von dem Einspruch erhalten kann (ut domino possit renunciari); nicht nothwendig ist aber, daß dies auch wirklich geschehen sei, die blose Möglichkeit, gegeben durch die Anwesenheit der genannten Personen, genügt. Dazu gehört aber auch, daß die anwesende Person eine intelligens d. h. überhaupt den Vorgang zu fassen im Stand ist.

l. 11. h. t. Cuilibet enim *intelligenti,* veluti fabro, nunciatum — tenet.

Da die Gegenwart des Bauherrn selbst nicht erforderlich ist, so wirkt, wenn nur ein Anderer für ihn zugegen war, die o. n. n. auch gegen solche, die den Einspruch factisch oder rechtlich nicht vernehmen können, gegen Abwesende und Willensunfähige, und nicht einmal der Vormund braucht sie dann zu erfahren.

l. 1. §. 5. h. t. Et adversus absentes etiam et invitos et ignorantes o. n. n. procedit.

l. 10. eod. O. n. n. in rem fit, non in personam: et ideo furioso et infanti fieri potest nec tutoris auctoritas in ea nunciatione exigitur. (Vgl. auch l. 11. eod.)

10. Will der Nunciant nicht das ganze Werk hindern, sondern nur in einzelnen Beziehungen, die seinem Interesse nachtheilig sind, also insbesondere nur einzelne Theile desselben, so muß er diese genau angeben, während wenn er das ganze Werk inhibiren will, eine genaue Beschreibung und Bezeichnung nicht erforderlich ist, sondern der gegen das ganze Werk erklärte Einspruch genügt. (l. 5. §. 15. h. t.)

Die Nunciation kann an allen Tagen geschehen (l. 1. §. 4. h. t.), wie dies ja der Zweck derselben mit Nothwendigkeit erheischt. Es liegt die Frage nahe, warum dieser so selbstverständliche Satz besonders hervorgehoben wird. Rudorff (a. a. O. IV. S. 131.) findet die Erklärung dafür in seiner oben erörterten Ansicht über den historischen Ursprung der o. n. n. aus dem Legisactionenverfahren: in Betreff der dies nefasti seien die Formalbeschränkungen der legis actio behufs Erleichterung der Parteien geschwunden, und darauf beziehe sich l. 1. §. 4. cit. Dieser historische Ursprung ist aber, wie wir gesehen haben, ein mindestens sehr zweifelhafter. Die Erklärung mag vielmehr wohl darin gefunden werden, daß den Römern die o. n. n. wie ein vom Prätor den Privaten übertragener Ausfluß des prätorischen Imperiums und im Resultat wie ein Act des Prätors selbst erschien, und daß mit jenem Satz ein aus dieser Auffassung etwa hervorgehender Zweifel über

die Zulässigkeit der o. n. n. zu jeder Zeit beseitigt werden sollte. —

II. Was endlich die Erfordernisse hinsichtlich der Person des Nuncianten und des Nunciaten betrifft, muß bemerkt werden, daß davon an diesem Ort nicht etwa insofern die Rede ist, wer materiell zur o. n. n. berechtigt ist und gegen wen die Nunciation wirkt, sondern nur in Bezug auf die Form, d. h. wer zum Aussprechen des Verbots berechtigt ist und gegen wen das Verbot ausgesprochen werden muß, so daß, wenn hiergegen verstoßen wird, die o. n. n. wegen Formfehlers ungiltig ist.

Die letztere Frage hinsichtlich des Nunciaten haben wir eben erörtert: das Verbot muß ausgesprochen werden gegen das Werk selbst in Gegenwart einer Person, die domini operisve nomine anwesend ist. Hinzuzufügen ist nur der schon von selbst daraus sich ergebende Satz, daß, wenn einem von mehreren Miteigenthümern nunciirt ist, dies auch den andern gegenüber genügt (l. 5. §. 3. h. t.). — Die Person des Nuncianten anlangend kann derjenige, welcher sich durch die Anlage beeinträchtigt glaubt, entweder in eigener Person oder durch einen Stellvertreter nunciiren (l. 1. §. 3. h. t.), jedoch muß der procuratorio nomine Nunciirende dem Nunciaten Caution leisten dominum rem ratam habiturum, und zwar auch der verus procurator, während sonst — wenigstens in der spätern Zeit nach Wegfall des Unterschieds zwischen cognitor und procurator — regelmäßig der Stellvertreter des Klägers nur dann die Verpflichtung zur cautio rati hat, wenn er sich nicht alsbald als solcher legitimiren kann (l. 5. §. 18. l. 13.

pr. h. t.)[26]). — Nur ein Freier darf Stellvertreter sein, ein Sclave, obgleich ihm nunciirt werden kann d. h. seine Gegenwart beim Aussprechen des Verbots gegen das Werk in re praesenti genügt, darf nicht nunciiren, seine Nunciation ist wirkungslos (l. 5. §. 1. h. t.)[27]). — Ein Verpflichtungsunfähiger z. B. ein

26) Stölzel (S. 246.) sieht den Grund, warum hier ausnahmsweise auch der verus procurator cautio de rato leisten muß, darin, daß die Verhandlung über die Existenz des Mandats regelmäßig in den Remissionsproceß falle und dieser, der so viel als möglich rasche Erledigung finden müsse, dadurch möglicherweise verzögert würde; daher bestehe ausnahmsweise für jeden Stellvertreter des Nuncianten eine unbedingte Cautionspflicht. — Der Umstand aber, daß die Erbringung der Legitimation möglicherweise längere Zeit in Anspruch nehmen konnte, hätte nicht zu dem Satz zu führen gebraucht, daß jeder verus procurator, auch der sich sofort als solcher nachwies, die Caution leisten müsse. Auch würde dies, selbst wenn es richtig wäre, doch eben nur auf die o. n. n. passen. Nun finden wir aber auch in andern Fällen die unbedingte Verpflichtung des Procurators, ohne Unterschied, ob er verus oder falsus procurator ist, zur cautio rati anerkannt: so wenn der Procurator die cautio damni infecti oder legatorum verlangt, l. 39. §. 3. de c. d. inf. 39. 2. l. 40. §. 1. de proc. 3. 3.

27) Ein Grund dafür, weßhalb zwar wohl eine das interd. quod vi aut clam begründende probibitio (l. 3. pr. quod vi aut cl. 43. 24), nicht aber eine o. n. n. durch einen Sclaven wirksam ist, wird gewöhnlich nicht angegeben. Daß die o. n. n. ein formeller Act sei, kann als wahrer Grund nicht angesehen werden: auch die Stipulation ist ein Formalact. Der Grund mag darin liegen, daß der Sclave eines solchen Willens, wie ihn

Pupill kann nicht selbständig giltig nunciiren, sondern nur tutore auctore; natürlich kann auch der Vormund allein die Nunciation vornehmen (l. 5. pr. l. 7. §. 1. h. t.). — Ist das Grundstück, dem das opus Nachtheil droht, im Miteigenthum Mehrerer, so müssen Alle nunciiren: die Nunciation des einen kommt den übrigen nicht zu gut, quia et fieri potest, ut nunciatorum alter habeat, alter non habeat jus prohibendi (l. 5. §. 6. h. t.). Die Bedeutung dieses Grundes ist zweifelhaft und bestritten. Hasse S. 595. 599. (auch Polis de operis novi nunc. p. 50.) erklärt den Grund, daß die übrigen Miteigenthümer de non nunciando paciscirt haben könnten, für unzureichend und sieht den wahren Grund darin, daß im Moment der Nunciation auf Seiten des Nunciauten Alles einen persönlichen Character annehme. Gegen diese Erklärung hat Stölzel (S. 73.) gegründete Bedenken geltend gemacht. Die von ihm selbst gegebene Erklärung, wonach durch den gegentheiligen Satz, daß die Nunciation eines Miteigenthümers für Alle genüge, Inconvenienzen und ein mit sonst anerkannten Grundsätzen im Widerspruch stehendes Resultat herbeigeführt werden würden und der Ulpian'sche

die o. n. n. enthält — eines Willens, der sich allein in die Wagschale wirft und ohne das weitere Beigewicht der Berechtigung zu diesem Willen den entgegengesetzten Willen einer andern an sich gleich willens- und rechtsfähigen Person als zu leicht erscheinen läßt — nicht fähig ist. Auch mag der schon mehrfach hervorgehobene Gesichtspunct von Einfluß gewesen sein, daß die o. n. n. gewissermaßen wie ein Ausfluß des den Privaten übertragenen prätorischen Imperiums erscheint.

Grund als ganz zutreffend erscheint, dürfte als richtig anerkannt werden müssen.

12. Dies sind, soweit uns die Quellen Aufschluß geben, die Bestimmungen hinsichtlich des Acts der Nunciation. Dabei bleibt freilich Manches noch unklar und zweifelhaft und es taucht eine Reihe von Fragen auf, die wir im Folgenden zu beantworten versuchen wollen.

Muß der Einspruch überhaupt durch Worte erfolgen? Oder giebt es neben der o. n. n. verbalis auch eine realis, wie die ältern Schriftsteller behaupten? Insofern man unter der letztern das eigenmächtige Zerstören des bereits Gebauten oder das gewaltsame Vertreiben der Arbeitsleute u. ä. verstand, nimmt man jetzt wohl allgemein mit Recht an, daß das mit der eigentlichen o. n. n. gar nichts zu thun hat. Diese Selbsthilfe durch thätliches Verhindern der Fortsetzung eines opus novum ist, insofern sie bei einem Bau auf unserm Grund und Boden angewandt wird, erlaubt, bei einem offensiven Eingriff aber in die Rechtssphäre eines Andern verboten. Die o. n. n. hingegen ist auch dann gestattet, wenn man den von einem Andern auf seinem Grundstück vorgenommenen Bau hindern will, ja dies ist gerade der eigentliche Hauptfall der o n. n. Auch hat die thätliche Selbsthilfe nie die eigenthümlichen Wirkungen der o. n. n. im Gefolge. — Unter o. n. n. realis wird aber auch der Fall verstanden, wenn Jemand durch jactus lapilli seinen Widerspruch gegen ein opus novum zu erkennen giebt. Nach dem Zeugniß der Quellen ist jedoch der jactus lapilli nie ein Nunciationsact, sondern nur ein Prohibitionsact, der wohl das interdictum quod vi aut clam, nicht aber die Wirkun-

gen der o. n. n. begründet[28]). Es ergiebt sich dies mit Evidenz aus l. 5. §. 10. h. t.[29]). In dieser Stelle ist die Prohibition per lapilli ictum zusammen mit der Prohibition per praetorem der o. n. n. unzweideutig direct entgegengesetzt: bei dem Bauen des Gegners in nostro ist es besser, sich nicht der o. n. n., sondern des jactus lapilli zu bedienen, denn bei der Prohibition durch jactus lapilli trifft uns nicht der Nachtheil, dem wir uns bei der o. n. n. aussetzen, nämlich daß wir den Gegner zum possessor machen. Danach kann der jactus lapilli unmöglich ein Nunciationsact sein[30]).

Wenn es danach nur eine o. n. n. verbalis giebt, so entsteht nunmehr die weitere Frage, ob es für diesen wörtlichen Einspruch einer besondern Formel bedarf. Aufbewahrt ist uns eine solche, mit der bestimmten Hinweisung, daß das die solennen Worte seien, jedenfalls nicht, so daß also offenbar im Justinianeischen Recht nichts mehr darauf ankam. Möglich, daß sie, wie Hasse (S. 588.) nach den Anfangsworten des interdictum demolitorium in l. 20. pr. h. t. meint, lautete:

28) Vgl. Stölzel a. a. O. S. 345 ff.

29) Zweifelhafter ist, ob man mit Stölzel die l. 1. §. 5—7. quod vi a. cl. als Beweis ansehen kann. Dies wäre nur dann möglich, wenn die in §. 7. erwähnte testatio et denunciatio als o. n. n. aufzufassen wäre. Vgl. Schmidt a. a. O. IV. S. 211. A. 2.

30) Aus den beiden andern Stellen, die des jactus lapilli noch erwähnen (l. 6. §. 1. si serv. vind. 8. 5. u. l. 20. §. 1. quod vi aut cl. 43. 24.) kann jedenfalls kein Argument für die Auffassung desselben als eines Nunciationsacts entnommen werden. Vgl. Stölzel a. a. O.

in hunc locum ne quod opus novum fiat nuncio [31]). Daß der Ausdruck „nuncio" technisch dabei gewesen, wie Hesse (Einspruchsrecht S. 106.) behauptet, läßt sich ebensowenig beweisen, wie irgend eine andere bestimmte Formel. Es ist sehr wahrscheinlich, daß sich eine solche und zwar wohl die von Hasse angegebene in der Sitte gebildet hatte, ohne daß aber darum der Gebrauch dieser bestimmten Worte obligatorisch gewesen sein müßte. Es muß für genügend erachtet werden, wenn in re praesenti ein gegen das Werk selbst gerichtetes Verbot ausgesprochen wird, so daß ersichtlich ist, es solle wirklich eine o. n. n. im Gegensatz zu der nur persönlich wirkenden Prohibition vorgenommen sein, und das ersieht man aus der gegen das Werk selbst, nicht gegen die Person des Unternehmers gerichteten Fassung des Verbots: der Satz o. n. n. in rem fit, non in personam bezieht sich nicht nur auf die Wirkung, sondern auch auf die Form der o. n. n., die dingliche Wirkung wird bedingt durch die dingliche Form. Es wird dies bewiesen durch l. 10. h. t., wo dieser Satz als Grund dafür angegeben wird, daß man auch einem infans und furiosus nunciiren kann. Daß beim Aussprechen dieses Verbots die Zuziehung von Solennitätszeugen nothwendig gewesen sei, wie Manche behaupten [32]), läßt sich nicht erweisen. Denn l. 8. §. 1. h. t., die eine testatio bei der o. n. n. erwähnt, will

31) Gegen die Ansicht Stölzel's S. 24, der den Act der Nunciation durch die einfache Erklärung opus novum nuncio vollzogen betrachtet wissen will, vgl. Schmidt Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 293. 294.

32) Z. B. Asverus a. a. O. S. 5. (s. oben Ziff. 7.) Rudorff a. a. O. S. 131. Vgl. dagegen auch Schmidt a. a. O. IV. S. 211. A. 2.

keineswegs ein Erforderniß für die Form der o. n. n. aufstellen, sondern spricht nach ihren klaren Worten nur von Beweiszeugen, die der Nunciant in seinem Interesse mit Rücksicht auf den bei einem etwaigen interdictum demolitorium zu führenden Beweis (ut appareat, quid postea factum sit) zuzieht[33]); und selbst wenn in l. 1. §. 7. quod vi der Ausdruck testatio denunciatioque wirklich für o. n. n. gebraucht wäre, so ist auch daraus nur ein Schluß auf das Vorkommen der Zeugenzuziehung, nicht aber auf die Nothwendigkeit derselben gerechtfertigt.

13. Müssen aber die Worte, durch welche der Nunciant seinen Einspruch zu erkennen giebt, noch etwas Weiteres enthalten als das Verbot in hunc locum nuncio ne quid operis novi fiat? Es sind hier zwei Fragen aufzuwerfen: einmal ob bei dem Einspruch zugleich der Grund desselben, also das Recht, auf welches der Nunciant sein Verbot stützt, angegeben werden muß und sodann, ob mit dem Verbot zugleich eine Klagankündigung zu verbinden ist.

Mit der ersten Frage haben sich namentlich die ältern Schriftsteller viel beschäftigt. Manche leugnen bestimmt, daß dem Nuncianten die Pflicht beim Nunciationsact selbst den Nunciationsgrund anzugeben obliege, während Andere ebenso bestimmt die Nothwendigkeit einer solchen Angabe behaupten, und noch Andere endlich die Anführung eines Grundes nur dann für erforderlich halten, wenn es vom Nunciaten ausdrücklich verlangt werde. Diese letztere Ansicht, vertreten von Bartolus, Alciat

33) Gerade dies für die Zeugenzuziehung angegebene Motiv zeigt deutlich, daß zur formalen Giltigkeit der o. n. n. die Zeugenzuziehung nicht erforderlich ist.

und Donellus, wird als communis opinio bezeichnet, wenn auch dabei über einzelne Puncte z. B. darüber, ob auf die Wahrheit des angeführten Grundes etwas ankomme oder nicht, wieder verschiedene Auffassungen herrschen[34]). Bei den neuern Schriftstellern wird die ganze Frage selten berührt und wo es geschieht, keineswegs gleichmäßig beantwortet. Asverus (a. a. O. S. 216.) sagt, es sei keine Spur vorhanden, daß bei der Nunciation selbst von dem Recht des Nuncianten irgend die Rede gewesen wäre; Burchardi (Lehrb. II. S. 589.) meint, der Grund der Berechtigung zur o. n. n. müsse freilich nicht gleich bewiesen, aber doch auf Verlangen sogleich angegeben werden, wenn das Verbot Beachtung finden solle. Hesse (Einspruchsrecht S. 107.) behauptet allgemein, die o. n. n. habe die Ankündigung des Rechts enthalten müssen, indem hier analoge Anwendung finde, was von der editio actionis in l. 1. pr. de edendo 2. 13. gesagt werde: ut proinde sciat reus utrum cedere an contendere ultra debeat. Die l. 5. §. 15. h. t., auf deren Worte ‚caeterum si in totum opus fiat, non est necesse demonstrare, sed hoc ipsum dicere' er sich beruft, beweist das offenbar nicht, denn diese Stelle enthält nur den früher erwähnten Satz, daß, wenn der Einspruch nicht gegen das ganze opus, sondern blos gegen einzelne Theile desselben gerichtet ist, eine Bezeichnung dieser Theile stattfinden muß, scituro eo, cui nunciatum est, ubi possit aedificare. Ebensowenig ist es berechtigt, wenn Hesse ein Argument dafür von dem Ursprung der o. n. n. aus der denunciatio herleitet. Denn wenn es auch richtig ist, daß die andern Denunciationen, die einen

34) Vgl. über diese ältere Literatur Stölzel S. 131 ff.

Proceß beginnen sollen, ihrem Inhalt nach insofern bestimmt sein mußten, daß sich aus ihnen das klagend zu verfolgende Recht ergab, so ist es doch nichts weniger als feststehend, daß die o. n. n. gerade zu diesen Denunciationen gehörte und mit ihnen in dieser Beziehung in innerem Zusammenhang stand[35]). Ebensowenig beweist die l. 21. pr. h. t., sie sagt nur, daß, wenn der Nunciant als Grund des Einspruchs ein jus prohibendi angebe, die Caution geleistet zu werden pflege; wenn und wo diese Angabe erfolgt, ist nicht gesagt[36]). Und wenn Hesse endlich meint, das Anbieten der Caution oder Ansuchen der Remission Seitens des Nunciaten setze nothwendig einen bestimmten Rechtsanspruch voraus, so ist das, wie wir später sehen werden, für das Remissionsgesuch nicht richtig und für das Cautionsanbieten ist es zwar richtig, aber es ist damit noch nicht gesagt, daß die vom Nuncianten zu gebende Erklärung über diesen Rechtsanspruch gerade beim Nunciationsact abgegeben werden müsse. Wenn der Nunciat Caution leisten will, so muß er sich natürlich mit dem Nuncianten benehmen und dieser wird ihm dann ohne Weiteres sagen, worauf sich die Caution zu richten hat; sollte der Nunciant das nicht wollen, so gilt die Annahme der Caution als verweigert, was die gleiche Wirkung hat wie die Annahme der Caution. Und dieselbe Erklärung über den der o. n. n. zu Grund liegenden Rechtsanspruch erfolgt auf den Remissionsantrag hin vor dem Prätor, so daß auch hier der Nunciat sofort über den Rechtsgrund der o. n. n. in Kenntniß gesetzt wird: der Remissionsantrag selbst

35) Asverus erblickt gerade hierin den Unterschied zwischen der o. n. n. und den übrigen Denunciationen.

36) Vgl. auch unten Ziff. 53. bei Anm. 98.

aber ist keineswegs von dieser Kenntniß des Nunciaten abhängig.

Gegen die Nothwendigkeit einer Angabe des Nunciationsgrundes beim Nunciationsact selbst spricht denn auch — abgesehen davon, daß ein so wichtiger Punct in den formalen Erfordernissen der o. n. n. gewiß nicht mit Stillschweigen übergangen sein würde — der Umstand, daß die Gegenwart des Unternehmers beim Nunciationsact nicht erfordert wird, er also oft erst viel später den Nunciationsgrund erfährt, die Leute aber, die für ihn den Einspruch hören müssen, häufig gar nicht beurtheilen können, welche Bewandtniß es mit dem Nunciationsgrund hat und was darauf hin zu thun ist. Warum also überhaupt Angabe des Grundes? Und warum soll endlich, wie das die ältern Schriftsteller meinen, die Angabe eines falschen Grundes eine größere Wirkung haben als der Mangel der Angabe eines Grundes? Und sollte man etwa meinen, es müsse ein wahrer Grund angegeben sein, so würde das wieder dem ganzen Wesen der o. n. n. widersprechen, da ja die Inhibition des opus erfolgen soll, sive jure sive injuria opus fieret (l. 1. pr. h. t.), auf die wirkliche Existenz eines Rechts also für die Wirkung der o. n. n. nichts ankommt. — Das Motiv für die Aufstellung dieses in den Quellen nicht enthaltenen Erfordernisses liegt wohl in der Erwägung, daß der Nunciat zu wissen verlangen könne, warum er mit seinem opus innehalten soll. Diese Erwägung wie dieses Verlangen ist vollkommen gerechtfertigt, nur führt dies keineswegs zu der Nothwendigkeit, den Grund des Verbots gleich mit dem Verbot selbst auszusprechen. Die Kenntniß des Nunciationsgrundes erhält der Nunciat im Remissionsverfahren:

in diesem hat der Nunciant den Grund seines Einspruchs anzugeben und nach dem Ausfall der hier von beiden Parteien zu pflegenden Verhandlungen, deren Beginn ja lediglich vom Antrag des Nunciaten abhängt, wird dieser beurtheilen können, ob der vom Nuncianten angegebene Grund der Art ist, daß er ihn besser berücksichtigt oder unberücksichtigt läßt.

Eine eigenthümliche Ansicht wird hinsichtlich unserer Frage von Stölzel (S. 133—135.) aufgestellt. Nach ihm verlangt die o. n. n. nur dann Angabe ihres Zwecks, wenn sie damni depellendi causa geschieht, während sie bei unterlassener Angabe als juris nostri conservandi causa geschehen zu betrachten ist: wenn Jemand ohne weiteren Zusatz nunciire, so lasse sich bei einem vernünftigen Menschen nichts Anderes unterstellen, als daß er ein jus prohibendi in Anspruch nehme; das Begehren der stipulatio damni infecti sei die Ausnahme und erheische eine darauf abzielende besondere Erklärung. Für eine solche Unterscheidung fehlt es aber nicht nur an jedem Anhalt in den Quellen, sondern auch an jedem innern Grund. Die Sistirung des opus novum, die der nächste Zweck einer jeden o. n. n. ist, kann man aus verschiedenen Gründen wollen, und wenn man darüber schweigt, so ist nicht einzusehen, warum gerade nur der ein vernünftiger Mensch ist, der wegen eines jus prohibendi nunciirt. Daß die o. n. n. juris nostri conservandi causa im römischen Rechtsleben die vornehmlichste Art war und daß die o. n. n. damni depellendi causa sich erst aus ihr entwickelt hat, begründet nicht, wie Stölzel meint, eine Vermuthung dafür, daß in einem concreten Fall gerade jene gemeint sei, so daß es gewissermaßen eines Gegenbeweises durch ausdrückliche

Erklärung bedürfte, um diese Vermuthung zu entkräften. —

Mit dieser ersten Frage beantwortet sich zum Theil auch die zweite, ob der Einspruch eine Klagankündigung enthalten müsse. Wenn der der o. n. n. zu Grund liegende Rechtsanspruch nicht angegeben werden muß, so braucht man natürlich auch nicht die Klage anzukündigen, die denselben geltend machen soll. Es könnte höchstens eine ganz allgemeine Klagandrohung gefordert werden. Nun steht allerdings bei einer jeden o. n. n. ein gerichtlich geltend zu machender Anspruch im Hintergrund, aber einerseits wäre es doch sonderbar, die Ankündigung einer Klage zu verlangen, die anzustellen vielleicht gar keine Veranlassung ist, andrerseits würde ein solches Erforderniß dem Unternehmer wenig nützen, da ja die ernste Absicht des Nuncianten dem Werk hindernd entgegenzutreten schon aus dem Verbot ne quid operis novi fiat hervorgeht und der Unternehmer doch den eigentlichen Inhalt und Grund der eventuell anzustellenden Klage erst später erfährt.

14. Endlich bleibt in dieser Lehre vom Nunciationsact noch ein Punct zu besprechen übrig, der freilich nicht eigentlich direct mit der Form des Einspruchs im Zusammenhang steht, aber doch am besten hier erörtert wird. Wir haben oben gesehen, daß es einer Concurrenz des Prätors nicht bedarf. Schon in den Worten der dies aussprechenden l. 1. §. 2. h. t. (etsi eum non adierit) liegt aber, daß die aditio praetoris doch möglich ist, und dies wird bestätigt durch l. 16. h. t.

Si opus novum praetor jusserit nunciari, deinde

prohibuit, ex priore nunciatione agi non potest, quasi adversus dictum ejus factum sit [37]).

Welchen Sinn hat dieses Angehen des Prätors? Manche [38]) denken an die Bestimmung der l. 8. §. 5. h. t. [39]). Nun könnte, wie Hasse (S. 626.) ausführt, diese Stelle zwar zur Noth zur Erklärung der l. 1. §. 2., nicht aber zur Erklärung der l. 16. cit. dienen, denn das Decret, welches das Maßnehmen gestattet, ist etwas ganz Anderes, als das Gestatten der Nunciation selbst, wovon in dieser Stelle die Rede ist.

Hasse will die aditio praetoris historisch erklären: ursprünglich habe man sich in jedem einzelnen Fall vom Prätor eine Vollmacht auf diese förmliche Art zu verbieten geben lassen müssen, um der Nunciation Kraft zu verschaffen, habe aber der Prätor seine Ansicht später geändert und den Befehl zurückgenommen, so sei ein leeres Verbot zurückgeblieben und es habe die Nunciation durch die Prohibition des Prätors ihre Wirkung

37) Die Worte der l. 19. h. t.: sicut in his causis — in quibus ab initio praetor o. n. n^em^ denegat müssen wenigstens nicht nothwendig von einem solchen Angehen des Prätors verstanden werden, sondern können sich auch auf Fälle beziehen, in welchen das Edict selbst ausnahmsweise die o. n. n. untersagt. Vgl. Schmidt a. a. O. VIII. S. 29. A. 26. Daß die l. 5. §. 7. h. t. nicht hierher gehört, indem sie nicht von einem Angehen des Prätors, sondern von einer gegen den Prätor beabsichtigten Nunciation spricht, ist bereits (oben Ziff. 8.) ausgeführt worden.

38) Vgl. Heimbach a. a. O. S. 585.

39) Sed ut probari possit, quid postea aedificatum sit, modulos sumere debet is qui nunciat, qui ut sumantur conferanturque, praetor decernere solet.

verloren. Diese alte Weise sei auch durch Aufnahme in das Edict nicht ganz außer Gebrauch gekommen, indem man es jetzt noch manchmal bequemer gefunden habe, zum Prätor zu gehen, ihn von dem Recht auf Nunciation zu überzeugen und auf seinen Befehl zu nunciiren, um dann bei Zuwiderhandlung sogleich ohne weiteren Beweis über Zulässigkeit und Rechtmäßigkeit der Nunciation mit dem Interdict Restitution verlangen zu können; habe man aber diesen Weg, der sich von dem gewöhnlicheren hauptsächlich durch Anticipirung des Beweises unterschieden habe, gewählt und habe der Prätor bei mißglücktem Beweis die Nunciation versagt, so habe man nun auch nicht mehr aus dem Edict nunciirt. — Bei dieser Erklärung hat Hasse übersehen, daß, wenn wirklich eine Beweisführung über die Erfordernisse der Nunciation und eine causae cognitio des Prätors vorausgegangen ist, res judicata vorliegt und der Prätor dann seine Entscheidung nicht wieder rückgängig machen kann, während l. 16. cit. gerade ausdrücklich erklärt, daß das anfängliche Zulassen ein späteres Verbot keineswegs ausschließt. Danach muß man sich vielmehr diese Anfrage beim Prätor als einen lediglich einseitigen Act des Nuncianten und die Erlaubniß zur Nunciation als ohne Gehör des Gegners, ohne causae cognitio und ohne vorherige Beweisführung ertheilt denken. Das Wahrscheinlichste, wie jetzt ziemlich allgemein angenommen wird, ist wohl, daß dann, wenn Jemand zweifelhaft war, ob er sich im concreten Fall der o. n. n. bedienen dürfe, er sich vom Prätor autorisiren ließ, der aber nicht blos dieselbe gleich anfänglich abschlagen konnte, wenn sie offenbar unbegründet war, sondern auch an die anfänglich ertheilte Erlaubniß, da sie eben auf einseitigen

Vortrag hin ertheilt worden, nicht gebunden war[40]). Daß nach der vom Prätor auf diese Anfrage des angeblich Beeinträchtigten ertheilten Erlaubniß zur Nunciation noch der Privatact der o. n. n. folgen muß, ist selbstverständlich: eine nunciatio publica kann also hieraus nicht gemacht werden[41]).

§. 1671 b.

3. Zweck und Gründe der o. n. n. Nunciationsberechtigte Personen.

Uebersicht.

15. Nunc videamus, sagt Ulpian in l. 1. §. 15. h. t., *quibus ex causis* fiat nunciatio et *quae personae* nuncient. Die Frage nach der *causa nunciationis*, unter welcher, wie das Folgende zeigt, zugleich Nunciationsgrund und Nunciationszweck zu verstehen ist, beantwortet er in den beiden folgenden §§. so:

> Nunciatio fit aut *juris nostri conservandi causa* aut *damni depellendi* aut *publici juris tuendi gratia.* (§. 17.) Nunciamus autem, quia *jus aliquod prohibendi* habemus: vel *ut damni infecti nobis caveatur* ab eo, qui forte in publico vel privato quid molitur: aut *si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco*

40) Vgl. Vangerow Pand. §. 670. Anm. I. 4. Hesse Einspruchsrecht S. 106. Schmidt a. a. O. IV. S. 214. A. 6.

41) Gegen Stölzel's Auffassung, der von einer vom Nuncianten selbst oder durch den Prätor mündlich bewirkten Nunciation spricht (S. 23.), vgl. Schmidt krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 293.

religioso, vel in publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.

Danach ist der Zweck der o. n. n. ein dreifacher: Erhaltung eines uns zustehenden Privatrechts, Abwehr eines uns drohenden Schadens und Schutz eines öffentlichen Rechts; und die Veranlassung zu der einen oder andern Art der o. n. n. wird gegeben durch Bauten, durch welche entweder unser Privatinteresse oder das öffentliche Interesse beeinträchtigt zu werden droht. Bei der o. n. n. juris nostri conserv. causa und juris publ. t. c. handelt es sich um den Schutz eines schon bestehenden Rechts, dort eines privaten Rechts, hier eines Rechts der Gesammtheit, bei der o. n. n. damni depell. c. hingegen um die Erlangung einer Caution, durch welche erst ein Klagrecht vermittelt wird. Trotz dieser Verschiedenheit ist aber allen drei Arten doch das gemeinsam, daß der nächste Zweck die Sistirung des opus ist. Wenn daher hier von den verschiedenen Zwecken der o. n. n. gesprochen wird, so ist damit der entferntere im Hintergrund stehende Zweck gemeint, der eben entweder in Conservirung und Schutz eines bestehenden Rechts und Aufrechterhaltung des demselben entsprechenden thatsächlichen Zustandes besteht, welchenfalls es eventuell bei dem durch die o. n. n. geschaffenen Zustand definitiv bleibt, oder in Erlangung einer Caution, zu welchem Zweck die o. n. n. nur als Zwangsmittel dient, mit dessen Erreichung also auch der durch die o. n. n. bewirkte Zustand wieder aufgehoben wird. — Diesem dreifachen Zweck entspricht nun auch ein dreifacher Grund: die o. n. n. jur. n. cons. c. ist begründet, wenn man ein jus prohibendi hat, die o. n. n. damni depell. c., wenn man zur For-

derung der cautio damni infecti berechtigt ist, die jur. publ. t. c., wenn jus publicum verletzt wird.

Schmidt hatte in seiner ersten bahnbrechenden Abhandlung (Zeitschr. f. Civilrecht u. Proc. S. 19. 25 ff.) als Zweck der o. n. n. die Erzwingung der stipulatio ex o. n. n. auf indirectem Wege angegeben. Später hat er diese Ansicht mit Recht zurückgenommen (krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 304). In der That würde nach derselben das Mittel zur Erreichung des Zwecks für den Nuncianten vortheilhafter sein als die Erreichung des Zwecks. Vor Leistung der Caution, also vor Erreichung des Zwecks, ist der Nunciant gegen das Fortbauen gesichert durch das dem Contravenienten drohende interdictum demolitorium, nach der Cautionsleistung aber hört dieser Schutz auf und der Nunciat darf fortbauen. Der Nunciant würde nach jener Ansicht durch Auflegung des Bannes bezwecken, daß der Bann aufgehoben würde. Die außergerichtliche Cautionsleistung ist im Interesse des Unternehmers eingeführt, folglich kann sie nicht Zweck der den Vortheil des Nuncianten wahrenden o. n. n. sein[42]).

Es ist aber auch nicht correct, wenn Stölzel (S. 93.) sagt, die o. n. n. bezwecke „den zur Zeit bestehenden Zustand zu fixiren, entweder thatsächlich, indem sie die Sistirung des opus bewirke, oder rechtlich, indem sie den Nunciaten veranlasse, den Nuncianten durch Cautionsleistung der Art sicher zu stellen, daß ihn die nachträgliche Veränderung des gegenwärtigen Zustandes

42) Natürlich bezieht sich diese Argumentation nicht auf die o. n. n. damni depell. c. Aus dieser kann aber ein Gegengrund nicht entnommen werden, da sie ein späterer Anwendungsfall der o. n. n. ist.

nicht mehr benachtheiligt." Vielmehr ist der eigentliche Zweck der o. n. n. stets nur die thatsächliche Sistirung des opus und es erscheint lediglich als ein Recht des Unternehmers, durch außergerichtliche Cautionsleistung die Sistirungspflicht zu beseitigen. Es kann sich daher zwar wohl als eine mittelbare Wirkung der o. n. n. ergeben, daß, wenn der Nunciat von diesem Recht Gebrauch macht, der Nunciant durch Cautionsleistung sicher gestellt wird hinsichtlich der nunmehr formell gestatteten Fortsetzung des opus, aber als der Zweck der o. n. n. läßt sich das nicht bezeichnen, weder als alleiniger noch als eventueller oder alternativer. Nur wenn man den Zweck aller drei Arten der o. n. n. als einen gemeinsamen zugleich die damni depellendi causa mitumfassenden — Stölzel denkt nur an die o. n. n. juris n. conserv. c. — bezeichnen will, kann man sagen, der Zweck der o. n. n. sei Sicherstellung des Nuncianten hinsichtlich des opus und diese erfolge entweder durch thatsächliche Sistirung als Selbstzweck oder durch Cautionsleistung wegen damnum infectum, wobei die thatsächliche Sistirung nur Mittel zum Zweck ist.

Die Frage, welche Personen zu der einen oder andern Art der Nunciation berechtigt sind — eine Frage, die von der früher (Ziff. 11.) erörterten, welche Personen den Nunciationsact vorzunehmen fähig sind, ganz verschieden ist —, wird von Ulpian zunächst im Allgemeinen dahin beantwortet:

> Si in publico aliquid fiat, *omnes cives* o. n. nunciare possunt: nam reipublicae interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere (l. 3. §. 4. l. 4. h. t.)

also die o. n. n. jur. publ. t. c. kann von jedem Bür-

ger vorgenommen werden, natürlich nur, wenn auch die sonstigen Voraussetzungen, die für Anstellung einer actio popularis nothwendig sind, in seiner Person vorliegen. Hingegen

> Juris nostri conservandi aut damni depellendi causa o. n. nunciare potest *is ad quem res pertinet* (l. 1. §. 19. h. t.)

Diese Bezeichnung der zu einer Nunciation im Privatinteresse berechtigten Personen mit is ad quem res pertinet ist an sich sehr allgemein und unbestimmt. Was damit gemeint sei, ist zwar bei der o. n. n. damni depell. c. klar: hier ist es derjenige, der den Anspruch auf Leistung der cautio damni infecti hat, und wer dies ist, wird in unserm Titel nicht weiter erörtert, weil der folgende Titel sich speciell und ausführlich mit dieser Frage beschäftigt. Wer aber bei der o. n. n. jur. nostri conserv. c. derjenige ist, ad quem res pertinet, ist keineswegs unzweifelhaft und dieser Punct wird im Folgenden den Gegenstand unserer Untersuchung zu bilden haben.

Nachdem so eine allgemeine Uebersicht der causae nunciandi voraus geschickt ist, haben wir die daraus sich ergebenden drei Arten der o. n. n. im einzelnen zu betrachten. Zu bemerken ist hier vorläufig nur noch, daß die Nunciation damni depell. c. sich wohl erst im Anschluß an die andern Arten gebildet hat, und daß von diesen die jur. nostri conserv. c. auch im römischen Rechtsleben jedenfalls die vornehmlichste gewesen ist, wie denn auch in unserm Titel vorzugsweise von ihr gehandelt wird und eine ganze Reihe von Sätzen, ohne daß diese Beschränkung hervorgehoben oder angedeutet wäre,

sich lediglich auf sie bezieht und beziehen kann; sie ist die Repräsentantin der ganzen Gattung.

§. 1671 c.

a. O. n. n. juris nostri conservandi causa.

16. Der specielle Zweck dieser o. n. n. ist die Erhaltung, Conservirung eines bestehenden Privatrechts, welches durch das opus novum beeinträchtigt werden würde. Inwiefern liegt in der o. n. n. eine Conservirung unseres Rechts? Wie ist ferner diese Beeinträchtigung bei einem Grundstück möglich? Und welches sind die Privatrechte, welche zu der durch diese Beeinträchtigung factisch veranlaßten o. n. n. die rechtliche Befugniß geben?

Inwiefern liegt in der o. n. n. eine Conservirung unseres Rechts? Manche, z. B. Rudorff (IV. S. 122.) und Hesse (Einspruchsrecht S. 98 ff. 104. 105.) verstehen dies von dem Schutz eines privaten Verbietungsrechts gegen den Verlust durch Verjährung. In den Quellen findet sich davon, daß die o. n. n. in irgend einer Beziehung zur Verjährung stehe, keine Andeutung. Man hat das nur aus dem Ausdruck jus conservare heraus interpretirt, indem man im Gegensatz zur Erhaltung eines Rechts an den Verlust eines solchen dachte und den Verlust für identisch mit Verlust durch Verjährung hielt. Die Rechtsconservirung besteht aber einfach darin, daß wir den unserm Recht entsprechenden thatsächlichen Zustand aufrecht erhalten, also die Ausübung unseres Rechts uns nicht verkümmern lassen: das Recht wird überall conservirt, wo man Eingriffe in dasselbe zurückweist[43]). Das conservare ist ein drittes

43) Durch den Ausdruck conservare tritt diese Nunciation

neben dem Erwerb und Verlust eines Rechts[44]) und kann ebenso verschieden sein wie das acquirere und amittere; ein Grund, es lediglich auf das Nichtverlieren durch Verjährung zu beziehen, liegt nicht vor. Es erhellt im Gegentheil aus l. 5. §. 8. h. t. deutlich, daß das conservare eine solche Beziehung nicht hat. Nach dieser Stelle können wir auch dann, wenn Jemand auf unserem Grund und Boden baut, durch o. n. n. jus nostrum conservare. Wie soll hier von einem Schutz gegen Verjährung die Rede sein? Dadurch, daß Jemand auf unserm Grundstück ein Haus aufführt oder einreißt, verlieren wir doch nicht das Eigenthum an dem Grundstück oder erwirbt der Unternehmer doch nicht eine Servitut gegen uns! Und da Ulpian im §. 10. für diesen Fall vor der Anwendung der o. n. n. warnt und als zweckmäßigeres Mittel behufs Conservirung unseres Rechts das Auswirken eines Interdicts anräth, so müßte man auch den Zweck des Interdicts in dem Schutz des Rechts gegen den Verlust durch Verjährung sehen! —

Die zweite Frage, wie die Beeinträchtigung

im Gegensatz zu der damni depellendi causa: bei letzterer handelt es sich um den Erwerb des noch nicht zustehenden Rechts, bei jener um die Erhaltung eines bereits begründeten Rechts. — Der Gegensatz der o. n. n. juris nostri conserv. c. und jur. publici tuendi c. liegt vor Allem in den Ausdrücken jus *nostrum* und jus *publicum*: dort handelt es sich um das private Recht eines Einzelnen, hier um ein Recht der Gesammtheit. Ob das conservare und tueri in einem principiellen Gegensatz stehen, mag dahin gestellt bleiben. Vgl. Stölzel S. 159.

44) Vgl. l. ult. de legg. 1. 3. l. 72. de procur. 3. 3.

durch ein opus novum bei einem Grundstück möglich ist, beantwortet l. 5. §. 9. h. t. (Ulpian) dahin:

Et belle Sextus Pedius definiit triplicem esse causam o. n. nunciationis, aut *naturalem* aut *publicam* aut *impositiciam: naturalem,* cum in nostras aedes quid immittitur aut aedificatur in nostro, *publicam* causam, quotiens leges aut senatusconsulta constitutionesque principum per o. n. nunciationem tuemur, *impositiciam,* cum quis postea, quam jus suum deminuit, alterius auxit, hoc est postea, quam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit.

Danach kann eine Verletzung des Grundstücks in verschiedener Weise vorkommen. 1) Entweder so, daß dadurch unmittelbar die Substanz des Grundstücks des Nuncianten afficirt wird (causa naturalis), wie z. B. wenn Jemand auf unserem Grundstück zu bauen oder einzureißen anfängt oder durch Immission, vielleicht durch Einlassung eines Balkens in unser Haus oder Anlegung eines Balcons in unseren Luftraum hinein, ihm schadet (vgl. auch l. 5. §. 8. eod.), oder 2) so, daß durch das opus eine unserem Grundstück zustehende Berechtigung beeinträchtigt wird, und dies ist wieder doppelt möglich, indem a) diese Berechtigung sich entweder auf unmittelbare gesetzliche Bestimmung gründen kann, wie z. B. wenn gegen den Inhalt einer sog. Legalservitut ein Bauwerk unternommen, vielleicht vom Nachbar der Luftzug zu unserer area verbaut wird oder durch den Bau gegen die das Privatinteresse wahrenden Baugesetze verstoßen wird[45]) (causa publica), oder aber b) diese Berechtigung

45) Vgl. Witte Ztschr. f. Civilrecht u. Proc. N. F. XIII. S. 403 ff. Jhering Jahrb. f. Dogm. VI. S. 129.

auf eine Privatdisposition sich stützt bezüglich ihren Grund im Privatrecht hat, wohin insbesondere Servituten gehören, z. B. wenn einer servitus ne prospectui officiatur zuwider die Aussicht verbaut wird (causa impos.). — Diese Fälle, die sich alle unter den Begriff einer Beeinträchtigung des Grundstücks subsumiren lassen, sind an sich klar, wenn wir auch im Folgenden sehen werden, daß der letzte Fall, Verstoß gegen eine Servitut, noch einer nähern Bestimmung bedarf. Nur über die causa publica ist eine Bemerkung zuzufügen. Die auf dieselbe bezüglichen Worte der l. 5. §. 9. cit. könnten an sich, ihrem Wortlaut nach, auch auf die o. n. n. juris publici tuendi c., welche in l. 1. §. 17. h. t. mit ganz ähnlichen Worten characterisirt wird, bezogen werden. Gegen diese Auffassung bemerkt aber Hasse (S. 591.) mit Recht, daß dadurch die Eintheilung in l. 5. §. 9. zu einer ganz unsystematischen gemacht werden würde, indem dann die Stelle den Sinn haben müßte: „Grund der Nunciation ist Verletzung eines fundus, dieser fundus kann ein publicus sein (causa publ.) oder ein privatus, und letzterer kann wieder auf zwei Seiten verletzt werden, in seiner Substanz (c. natur.) oder in seinen Servitutrechten (c. impos.)", dann aber das erste und dritte Glied (c. natur. und impos.) ganz unrichtig dem mittelsten (c. publ.) coordinirt wären, da sie nur Unterglieder eines gar nicht vorkommenden wären, was doch einzig der causa publ. zur Seite gesetzt werden könnte, nämlich der Verletzung eines Privatgrundstücks[46]).

46) Ueber den Grund, weßhalb dieser Fall als causa publica bezeichnet wird, sowie darüber, inwiefern doch

17. Mit der Beantwortung dieser zweiten Frage ist zugleich die Antwort auf die dritte Frage, welches die Privatrechte sind, die zu dieser o. n. n. berechtigen, gegeben. Wenn die factische Veranlassung zur o. n. n. durch eine derartige Beeinträchtigung unseres Eigenthums, bezüglich unseres durch die Legalservituten gewissermaßen erweiterten Eigenthums, und der unserem Grundstück zustehenden Servituten gegeben wird, so sind die fraglichen Rechte eben Eigenthum und Servitut, und die Personen, welchen diese Rechte zustehen, sind es zunächst, die die o. n. n. behufs Conservirung dieser Rechte vornehmen können. Und so wird denn auch in l. un. §. 3. de remiss. 43. 25. deutlich ausgesprochen:

Jus habet o. n. nunciandi qui aut *dominium* aut *servitutem* habet.

Damit haben wir auch den Begriff des *jus prohibendi*, welches in l. 1. §. 17. h. t. als Grund der o. n. n. jur. n. conserv. c. angegeben wird, sowie den Begriff des is ad quem res pertinet in l. 1. §. 19. h. t. Die beiden Sätze nunciamus quia jus aliquod prohibendi habemus und nunciare potest is ad quem res pertinet lassen sich so zusammenfassen: nunciare potest is qui jus prohibendi habet. Die allgemeine Fassung is ad quem res pertinet, die nach dem Vorausgegangenen in ihrer Beziehung auf die o. n. n. jur. nostri conserv. c. ganz verständlich sein mußte, erklärt sich daraus, daß sich unter dieselbe auch die Person des zur o. n. n. damni depell. c. Berechtigten subsumiren ließ und diese beiden Fälle der o. n. n. mit dieser das Pri-

eine Beziehung zwischen dieser causa publica und der o. n. n. jur. publ. tuendi c. besteht, vgl. unten Ziff. 25.

vatinteresse des Nuncianten andeutenden Bezeichnung der dritten Art, zu der omnes cives berechtigt sind, entgegengesetzt werden sollten.

Daß dieses *jus prohibendi* ein dingliches Recht ist, ist unbestritten. Denn wenn auch prohibere und jus prohibendi in einer weitern Bedeutung vorkommt[47]), so wird doch unter jus prohibendi als materieller Grundlage der o. n. n. stets nur Eigenthum und Servitut verstanden. Daß namentlich der blos obligatorisch Berechtigte kein jus prohibendi in diesem Sinn und damit kein jus nunciandi hat, wird außer durch die oben angeführten lediglich von Eigenthum und Servitut und von Fällen der Verletzung dieser Rechte redenden Stellen auch bewiesen durch l. 3. §. 3. h. t. Hier wird ein Grund des Zweifels darüber, ob der Superficiar nunciiren könne, daher genommen, weil er quasi inquilinus, also dem blos obligatorisch berechtigten Miether ähnlich ist, und dieser Zweifel wird dadurch widerlegt, daß der Superficiar eine utilis in rem actio habe und ihm aus diesem Grund die o. n. n. gestattet werden müsse. Danach ist das jus prohibendi nur ein solches Verhinderungsrecht, welches mit einer actio in rem geltend gemacht werden kann.

Mit dieser Characterisirung des jus prohibendi als eines dinglichen mit actio in rem geltend zu machenden Verhinderungsrechts begnügt sich Stölzel (S. 25. ff.) nicht, sondern erklärt dasselbe als das Recht, welches in der Person des Berechtigten eine Klage mit der intentio jus mihi esse prohibere begründet. Es wur-

47) Vgl. Stölzel S. 24. ff. Vgl. auch l. 5. §. 10. h. t. und unten Ziff. 23.

zelt jedoch das jus prohibendi nicht in einem solchen formalen processualischen Grund, sondern in dem materiellen Recht des Eigenthums oder der Servitut. In den Quellen ist nirgends auf die affirmative Fassung jus mihi esse prohibere te invito me aedificare im Gegensatz zu der negativen jus tibi non esse aedificare Gewicht gelegt, wie denn auch Stölzel (S. 32.) selbst, unter Verwerfung der Ansicht von Zachariä über eine besondere actio prohibitoria, sagt, daß jene Formel jus mihi esse prohibere nichts anderes sei als die affirmative Fassung der letzteren. Warum soll also, wenn gar kein innerer Unterschied besteht, auf die affirmative Fassung etwas ankommen? Daß diese affirmative Fassung, wie Stölzel angiebt, gerade in Bezug auf die o. n. n. sehr erklärlich ist, weil es sich bei ihr mehr um eine positive Verhinderung einer Rechtsausübung als um die blose Negation eines Rechts handelt, ist doch — abgesehen davon, daß man auch bei einer Formel jus tibi non esse aedificandi sich nicht mit der blosen Negation eines Rechts begnügen will — kein Grund dafür, daß man nur bei der Berechtigung zu einer affirmativ gefaßten Klagformel die o. n. n. habe vornehmen können. Zudem ist in den Quellen selbst die affirmative Formel nur einmal[48]), die negative Formel hingegen mehrfach erwähnt[49]). Nach alle dem muß man, wie auch die Quellen thun, die bei der Frage nach der Berechtigung zur Nunciation stets nur auf Eigenthum oder Servitut-

48) L. 21. pr. h. t.: jus sibi esse prohibere vicinum, opus novum invito se facere.

49) L. 2. h. t. l. un. §. 4. de remiss. — L. 13. §. 10. de d. inf. 39. 2.

recht hinweisen, den Ausgangspunct nicht von der Formel, sondern vom Recht nehmen[50]). — Die Verschiedenheit dieser Auffassung ist insofern practisch von Bedeutung als Stölzel davon ausgeht, daß nur Servituten mit der Formel jus mihi esse prohibere prohibitorisch seien und darum dem Inhaber einer Servitut, aus welcher diese Intentio nicht angestellt werden kann, die o. n. n. nicht zustehe und daß deßhalb nicht blos bei servitutes faciendi, sondern auch bei servitutes habendi mit alleiniger Ausnahme der servitus oneris ferendi die o. n. n. ausgeschlossen sei (s. unten Ziff. 19.). In Wahrheit kann aber die actio confessoria bei einer jeden Servitut einen prohibitorischen Effect haben, mag die Intentio auf ein facere oder habere oder prohibere i. e. S. gerichtet sein: denn mit einer jeden Servitutenklage kann man die Unterlassung solcher Handlungen fordern, die dem Inhalt der Servitut zuwiderlaufen, wenn auch dieses Unterlassungspflicht und dieses Verhinderungsrecht sich nicht aus der Klagformel ergiebt[51]). Demnach ist der Wortlaut der Formel für

50) Vgl. auch Hesse, Einspruchsrecht S. 116. Baron, Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 515.

51) Bedarf dies eines Beweises, so wird er geliefert durch l. 9. si serv. vind. 8. 5.: si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere jus mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. — Sed si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, jus sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quodsi jam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere jus sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum. Also: hat man einmal seine servitus viae bewiesen, so in=

das mit der actio confessoria geltend zu machende materielle jus prohibendi gleichgiltig: Jeder, der eine actio confessoria hat, hat ein jus prohibendi in diesem Sinn.

Freilich ist darum das aus einer Servitut hervorgehende jus prohibendi noch nicht identisch mit dem jus prohibendi, welches die Voraussetzung der o. n. n. bildet. Der letztere Begriff ist vielmehr ein engerer, indem nicht wegen einer jeden Servitut die o. n. n. zulässig ist. Man muß daher bei dem jus prohibendi die beiden Bedeutungen auseinanderhalten, nämlich jus prohibendi als die negative Seite eines jeden dinglichen Rechts und als jus nunciandi, als die durch o. n. n. zu realisirende Befugniß, auf außergerichtlichem Wege sofort einem solchen Eingriff entgegenzutreten. Das letztere giebt es nicht ohne das erstere, wohl aber das erste ohne das letztere.

In Uebereinstimmung mit Wiederhold (das interd. uti possid. und die o. n. n. S. 83 ff.) stellt neuerdings Stölzel (S. 26. 27. 196. ff.) eine Ansicht über das jus prohibendi auf, in welcher nach ihm der Kernpunct der ganzen Nunciationslehre liegt. Während nämlich nach unserer heutigen Auffassung der Kläger dem Beklagten gegenüber kein Verhinderungsrecht habe,

hibirt man das opus, mag der Gegner schon gebaut oder sich das Recht dazu blos wörtlich angemaßt haben, in beiden Fällen kann man wegen der servitus viae mit der Intention jus sibi esse ire agere klagen, also dort auf Wiedereinreißen des schon Gebauten, hier auf Unterlassen des Baues. Und wie hier, so erreicht man auch bei der actio confessoria wegen des Ususfructus trotz der Formel jus sibi esse uti frui doch eine prohibitorische Wirkung.

wenn gegenüber der an sich begründeten Klage dem Beklagten ein dieselbe ausschließendes selbständiges Recht zusteht, z. B. der actio neg. gegenüber eine Servitut, bestehe nach Anschauung der Römer auch bei begründeter Servitut neben dem jus aedificandi des Beklagten das aus dem Eigenthum fließende jus prohibendi des Klägers fort und es werde nur in concreto durch das jus aedificandi beschränkt. Wer nun so nach römischem Recht ein jus prohibendi habe, solle bei Neubauten ganz abgesehen davon, ob im concreten Fall dieses sein jus prohibendi durch ein jus aedificandi des Gegners elidirt werde oder nicht, das Recht auf provisorischen Schutz des bisherigen Zustands haben; man müsse daher das jus prohibendi scharf von dem jus aedificandi trennen. — In dieser Ansicht ist Wahres und Falsches gemischt. Insofern es sich um das interdictum demolitorium und dessen Begründung handelt, wird allerdings auf das jus aedificandi des Beklagten keine Rücksicht genommen: der Beklagte muß restituiren sive jure sive injuria opus fieret, weil hier überhaupt das materielle Recht, auch das des Klägers nicht zur Sprache kommt oder doch wenigstens nicht den Gegenstand einer eigentlichen gerichtlichen Verhandlung und des Beweises bildet. Wenn aber Stölzel, um was es ihm hierbei hauptsächlich zu thun ist, auf diese angeblich begriffliche Trennung des jus prohibendi und aedificandi die weitere Behauptung stützt, daß das Feststellen dieses jus prohibendi der Zweck des Remissionsverfahrens und in diesem Verfahren jede Verhandlung über ein etwaiges exceptivisches jus aedificandi ausgeschlossen sei, so ist das entschieden unrichtig. In dem prätorischen Remissionsdecret (quod jus sit illi *prohibere ne se invito fiat,*

in eo nunciatio teneat, ceterum nunciationem missam facio, l. un. pr. de remiss. 43. 25.) ist vom Prätor als Bedingung der Bestätigung ausdrücklich ein absolutes jus prohibendi des Nunciánten vorausgesetzt: in dem Zusatz ‚se invito' liegt hier ebenso wie in der Formel der actio negatoria die Rücksichtnahme und Bezugnahme auf das entgegenstehende Recht des Nunciaten[52]).

Das Resultat der bisherigen Erörterungen über die Bedeutung des materiellen jus prohibendi, welches als Grundlage für die definitive Wirksamkeit der o. n. n. jur. nostri conserv. c. erwähnt wird, können wir dahin zusammenfassen, daß das jus prohibendi der Ausfluß eines dinglichen Rechts, des Eigenthums oder Servitutrechts ist, das dingliche Recht in seiner negativen Seite, wonach man jeden Eingriff eines Dritten in dieses Recht verhindern kann.

18. Da nun die durch ein opus novum vorgenommenen Eingriffe der Art sind, daß sie eine partielle Beeinträchtigung des dinglichen Rechts enthalten und wegen solcher der Eigenthümer die actio negatoria, der Servitutberechtigte die actio confessoria hat — wie denn auch die Thatsachen, gegen welche die o. n. n. ex causa naturali und publica und die o. n. n. ex causa impositicia gerichtet ist, die Veranlassung dieser Klagen bilden —, so kann man den Ausspruch der l. un. §. 3. de remiss. ‚jus o. n. nunciandi habet qui aut domi-

52) Vgl. Witte Ztschr. f. Civilrecht u. Proc. N. F. XIII. S. 385. ff. Vgl. gegen Stölzel auch Karlowa Beitr. S. 77. A. 32. Schmidt Krit. Vierteljahrsschr. VII. S 294. ff. Windscheid Pand. §. 466. A. 9. S. auch unten Ziff. 47. bei Anm. 53.

nium aut servitutem habet' auch dahin umschreiben: jus o. n. nunciandi habet qui aut actionem negatoriam aut confessoriam habet[53]). Dies ist aber doch blos in einem gewissen Sinn richtig, nämlich insofern als man diesen Satz nicht exclusiv dahin versteht, nur derjenige habe das Recht zur o. n. n., der die act. negatoria oder confessoria anstellen kann. Gerade in dieser Beschränkung wird aber der Satz regelmäßig verstanden. Man nimmt an, daß der zur *rei vindicatio* Berechtigte von der o. n. n. keinen Gebrauch machen könne[54]). Nur bei Burchardi (Lehrb. d. R. R. II. 2. S. 592. A. 37.) findet sich eine hingeworfene Bemerkung, daß wenn die o. n. n. wegen Unstatthaftigkeit des Werks an sich angewandt worden ist und der Nunciant auf seine petitorische Klage hin gesiegt hat, die Leistungen des Beklagten davon abhängen, ob der Nunciant mit der rei vindicatio oder actio negatoria oder confessoria geklagt habe. In der That liegt aber für die Beschränkung der Anwendbarkeit der o. n. n. auf den Fall, wo lediglich wegen partieller Eingriffe geklagt werden kann, kein Grund vor. Warum soll der Eigenthümer, der sein im Besitz eines Anderen befindliches Grundstück mit der rei vindicatio herausverlangen kann und will, gegenüber einer vom Besitzer begonnenen baulichen Veränderung sich nicht durch o. n. n. gegen den ihm drohenden Nachtheil schützen können? Eine schleunige Rechtshilfe ist hier noch mehr

53) Vgl. auch Hesse Einspruchsrecht S. 115.

54) So sagt z. B. Stölzel S. 28: dem Eigenthümer gegenüber setzt sich der Unternehmer, da stets blos ein intendirtes begonnenes Werk in Frage steht, niemals der rei vindicatio aus; zur Abwehr dieser partiellen Anmaßung kann nur die actio negatoria dienlich sein.

geboten als wenn er sich im Besitz befindet. Der Umstand, daß er nicht blos den partiellen Eingriff in sein Eigenthum, sondern die totale Verletzung desselben durch Besitzentziehung klagend geltend machen kann und will, kann dem, qui dominium habet, unmöglich die Befugniß zur o. n. n. entziehen.

Natürlich genügt die blose factische Veranlassung zur rei vindicatio, der blose Besitz des Gegners, allein noch nicht zur o. n. n., einfach deßhalb, weil der blose Besitz kein opus novum ist, sondern es muß der Eingriff des Beklagten in das Eigenthumsrecht des Klägers so beschaffen sein, daß derselbe, wenn nicht eben Kläger die rei vindicatio vorzöge, die actio negatoria begründen würde. Wenn aber, wie in dem angeführten Fall, die factische Veranlassung der rei vindicatio, die gänzliche Besitzentziehung, und die factische Veranlassung der actio negatoria, die partielle Beeinträchtigung, zusammentrifft und nur in Bezug auf den petitorischen Streit die rei vindicatio die actio negatoria absorbirt, so kann unzweifelhaft nunciirt werden: ob es sich allein um einen partiellen Eingriff handelt oder daneben auch noch um gänzliche Besitzentziehung, ist für die o. n. n. ohne Einfluß. — In gewisser Weise gesteht dies auch Stölzel in einer spätern Erörterung (S. 50.) zu, indem er sagt: bei dem Nunciationsrecht, welches dem Eigenthümer als solchem zustehe, lasse es sich denken, daß der das opus Unternehmende an demselben Grundstück Eigenthum beanspruche wie der Nunciant, in diesem Fall stritten sie lediglich über das Eigenthum an diesem Grundstück und es stehe kein rechtliches Hinderniß entgegen, auch zwischen Solchen, die über ihr Eigenthum an einem Grundstück im Streit seien, die o. n. n. zuzulassen. Es soll aber

nach ihm die o. n. n. hier entweder ein unnützes oder ein ungenügendes Rechtsmittel sein. Dieser Behauptung und ihrer Begründung muß man jedoch entschieden entgegentreten. Wenn in dem von Stölzel angeführten ersten Fall, wo der Eigenthümer Besitzer ist, wirklich die o. n. n. ein unnützes Rechtsmittel deßhalb wäre, weil der Beeinträchtigte kraft seines Besitzes den Unternehmer hindern kann, so würde auch da, wo die actio negatoria begründet ist, die Nunciation unnütz sein. Und bei dem letzten Fall, wo der an sich Nunciationsberechtigte nicht im Besitz des Grundstücks ist, übersieht Stölzel vollständig, daß die beiden Zwecke, freie Herrschaft über das Grundstück zu bekommen und die neue Anlage zu hintertreiben, sehr wohl vereint sein können. Allerdings verhilft mir die o. n. n. nicht zu meinem Recht, insofern dies darin besteht, Herausgabe des Grundstücks verlangen zu können, wohl aber insofern als ich vermöge desselben Rechts auch die Unterlassung eines jeden die Substanz der Sache beeinträchtigenden Eingriffs fordern kann: der Umstand, daß ich noch mehr will als letzteres, begründet die rei vindicatio statt der actio negatoria, der Umstand, daß ich auch das letztere will, zeigt eben, daß auch der zur rei vindicatio Berechtigte sich juris sui conservandi causa der o. n. n. bedienen kann.

19. Nachdem wir bis jetzt den einen Fall des jus prohibendi, das Eigenthum, betrachtet haben, müssen wir uns noch etwas ausführlicher mit dem zweiten Fall desselben beschäftigen, mit der Servitut, der *causa impositicia* der l. 5. §. 9. h. t.

Zunächst ist hervorzuheben, daß hier servitus als das ein selbständiges jus prohibendi neben dem Eigen-

thum begründende Rechtsverhältniß nur die Bedeutung von Realservitut hat. Wenn l. un. §. 3. de remiss. dem dominium aut servitutem Habenden das Recht zur o. n. n. einräumt, so ist schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Römer nur an eine Realservitut zu denken, und das wird bestätigt durch die Erläuterung der causa impositicia in l. 5. §. 9. h. t.: das dem Grundstück zustehende Recht, gegen dessen Verletzung die o. n. n. schützen soll, kann natürlich nur eine Realservitut sein. Die weitere Frage, ob der Inhaber einer Personalservitut wegen der Verletzung der Substanz des praedium serviens oder wegen der Verletzung einer dem das Object seiner Personalservitut bildenden Grundstück als praedium dominans zustehenden Realservitut ebenso wie der Eigenthümer des Grundstücks selbst die Befugniß zur o. n. n. hat, ist eine von jener ganz getrennte, die wir im Folgenden bei Erörterung der Frage, ob überhaupt einem Anderen als dem Eigenthümer diese Befugniß zusteht, besonders zu betrachten haben werden.

Sicher ist nun, daß nicht zum Schutz aller Realservituten der Eigenthümer oder wer sonst an seiner Stelle zur Ausübung befugt ist, sich der o. n. n. bedienen kann. Welches aber die Realservituten sind, wegen deren die o. n. n. zulässig ist, und welches die sind, bei denen sie versagt werden muß, das ist nicht zweifellos und von der Glosse an bis auf die neueste Zeit herab Gegenstand lebhaften Streits gewesen[55]). In den Quellen wird die o. n. n. aus-

55) Eine ziemlich ausführliche Angabe der verschiedenen Ansichten, namentlich der ältern Schriftsteller, findet sich bei Stölzel S. 35—41. Vgl. auch Hasse S. 593, A. * Vangerow §. 676. Anm. I. 2. a.

drücklich als zulässig erwähnt wegen Verletzung der servitus ne prospectui officiatur, ne luminibus officiatur, altius non tollendi und oneris ferendi, ausdrücklich abgesprochen wird die Befugniß zur o. n. n. bei Verletzung der servitus viae[56]). Das sind die Anhaltpuncte, nach denen wir die Frage nach der Zulässigkeit der o. n. n. bei den übrigen Realservituten entscheiden müssen.

Da für eine Ausnahmestellung gerade der servitus viae absolut kein Grund erfindlich und insbesondere nicht einzusehen ist, warum nicht ebenso bei der servitus aquaehaustus oder pecoris ad aquam appulsus u. ä. die o. n. n. ausgeschlossen sein soll, auf der andern Seite aber doch auch die zufällige Erwähnung der servitusne luminibus und prospectui officiatur, altius non tollendi und oneris ferendi keinen Grund für die Beschränkung der o. n. n. gerade auf diese Servituten abgiebt, so müssen wir, um das Princip für die Zulässigkeit der o. n. n. zu finden, die unterscheidenden Merkmale der servitus viae und der übrigen in den Quellen genannten Servituten aufsuchen und fragen, welches von diesen Unterscheidungsmerkmalen der Art ist, daß es eine verschiedene Behandlung hinsichtlich der Zulassung der Nunciation rechtfertigt bezüglich bedingt. Dieser Weg ist denn auch von den Neueren meist eingeschlagen worden, aber das Resultat, zu dem sie auf demselben gekommen, ist doch wieder ein verschiedenes.

Viele sehen das unterscheidende Merkmal darin, daß die servitus viae eine servitus *rustica,* die übrigen Servituten

56) L. 15. de S. P. U. 8. 2. l. 5. pr. h. t. l. 15. h. t. l. 2. eod. l. 6. §. 7. si serv. vind. 8. 5. l. 14. h. t.

aber servitutes *urbanae* seien, und folgern daraus, nur bei Servituten der letztern Art sei die o. n. n. zulässig. Der Hauptvertreter dieser Ansicht ist Hasse (S. 593. ff.). Er erklärt die Beschränkung der Nunciation auf servitutes urbanae historisch daraus, daß die o. n. n. — wie schon der Umstand zeige, daß nur Bauen und Niederreißen als opera nova gelten — für die Stadt und städtische Zwecke eingeführt worden sei; daß man später, obgleich die Nunciation nicht auf die Stadt beschränkt geblieben, doch dieselbe nicht auf alle Servituten ausgedehnt habe, das begreife sich nur aus der Abneigung gegen die Erweiterung ihres Wirkungskreises. — Diese historische Erklärung, wenn sie auch nur ein Nothbehelf ist, ist doch immer noch besser als die verschiedenen Versuche einer Erklärung aus innern Gründen, wie z. B. die des Donell u. A., daß bei Leuten auf dem Land und bei ländlichen Grundstücken eher periculum in mora zu fürchten sei, weßhalb die Bestimmung der l. 5. §. 11. 12. h. t., wonach bei peric. in mora die o. n. n. nicht wirksam sei, hier Platz greife[57]). Es ist jedoch überhaupt die Hereinziehung des Unterschieds zwischen servitutes urbanae und rusticae zu verwerfen, da diese Begriffe selbst nicht bestimmt genug sind, um davon das unterscheidende Merkmal herzunehmen.

Die servitus viae einerseits und die servitus ne luminibus officiatur u. s. w. andrerseits unterscheiden sich jedenfalls durch ihren Inhalt: die erstere ist eine sog. servitus *faciendi*, die andern sind sog. servitutes *prohibendi* und *habendi*. Es liegt nahe, dies zu verallgemeinern und bei allen Servituten der erstern Art

57) Vgl. Stölzel S. 36.

die o. n. n. auszuschließen und bei denen der letztern Art zuzulassen. Das thut z. B. Vangerow (a. a. O. S. 545.), der freilich wieder die servitutes faciendi und die servitus rusticae einerseits, und die servitutes habendi und prohibendi und die servitutes urbanae andrerseits identificirt. Wenn dagegen Stölzel den Ausschluß der o. n. n. bei servitutes faciendi und deren Zulässigkeit bei servitutes prohibendi zugiebt, von den servitutes habendi aber blos die in den Quellen ausdrücklich genannte servitus oneris ferendi für zur o. n. n. berechtigend anerkennt, so ist das inconsequent und der Grund für die letztere Beschränkung offenbar nicht stichhaltig. Er geht nämlich davon aus, daß nur diejenigen Servituten, welche ein jus prohibendi novum opus enthalten, im Gegensatz zu allen übrigen Servituten ein Recht zur o. n. n. geben, und versteht, wie früher (Ziff. 17.) erörtert, unter jus prohibendi ein solches Recht, welches eine Klage mit der Formel jus mihi esse prohibere gewährt; die servitutes faciendi geben aber ausschließlich eine Klage mit der intentio jus mihi esse facere, und auch bei den servitutes habendi kenne das römische Recht eine actio confessoria mit der Formel jus mihi esse prohibere te facere nicht — ausgenommen die servitus oneris ferendi[58]). Aber warum soll bei der mit der servitus oneris ferendi so nahe verwandten servitus tigni immittendi oder der servitus protegendi und projiciendi etwas anderes gelten als bei jener? Soll nur die Formel eine solche Verschiedenheit zwischen so gleichartigen Servituten begründen? Und hat in der

58) Allerdings hat Stölzel hier eine große Autorität zum Vorgänger, Cujaz. Vgl. Stölzel S. 40.

That die actio confessoria zur Geltendmachung der servitus oneris ferendi die von Stölzel angegebene prohibitorische Formel? Er sucht dies (S. 35.) mit Berufung auf l. 6. §. 7. si serv. vind. durch folgende Argumentation zu beweisen: „die servitus oneris ferendi enthält die Befugniß, gegen den Inhaber des praedium serviens prohibitorisch aufzutreten (per hanc actionem prohibere), wenn derselbe die servitutpflichtige Mauer verschlechtert; wer, wie ausnahmsweise der Inhaber dieser Servitut, vom Servitutpflichtigen verlangen kann, ut meliorem faciat parietem, der muß jedenfalls auch das mindere Recht haben zu verlangen, ne deteriorem faciat parietem, d. h. ein jus prohibendi.“ Mit derselben Argumentation kann man aber, wie Hesse (Jahrb. f. Dogm. VIII. S. 80.) ganz richtig bemerkt, auch beweisen, daß der Inhaber einer servitus viae das Recht zur o. n. n. habe, denn nach l. 9. si serv. vind. kann der Wegeservitutberechtigte, wenn ihm der Weg verbaut ist, mit der actio confessoria auf Restitution des früheren Zustands klagen, und man müßte daher auch zu schließen berechtigt sein: wer das Recht hat zu verlangen, daß ein seiner Servitut zuwider vollzogenes Werk beseitigt werde, hat auch das Recht zu verhindern, daß es vollendet oder überhaupt errichtet werde. Daß man aber überhaupt auf die Formel hierbei kein Gewicht legen darf, haben wir schon früher ausgeführt. Daher ist es ebenso unrichtig, wenn Stölzel von allen Servituten gerade nur die servitus oneris ferendi als zur o. n. n. berechtigend ansieht, als wenn er den Ausschluß der servitutes faciendi lediglich auf die Formel der actio confessoria stützt.

Wenn man daher zunächst die allgemeine Fassung

von Vangerow u. A. billigen muß, daß die o. n. n. wegen aller servitutes *prohibendi* und *habendi*, nicht aber wegen der servitutes *faciendi* zulässig sei, so fragt es sich doch weiter, welches der Grund für diese Sonderstellung der servitutes faciendi gegenüber den beiden andern Arten ist. Gewöhnlich giebt man als Grund hiefür an, daß nur im Wesen der letztern, nicht auch der erstern, ein unmittelbares Verhinderungsrecht begründet sei[59]). Da jedoch dieser Grund in Wahrheit nur bei den negativen Servituten zutrifft, auf diese aber, wie die servitus oneris ferendi beweist, das Recht zur o. n. n. nicht beschränkt ist, so kann diese Erklärung nicht für genügend erachtet werden. Der Grund muß ein anderer sein. Die servitutes prohibendi und habendi, die zugleich servitutes continuae sind, also eine ununterbrochene Ausübung ohne jede mitwirkende Thätigkeit des Berechtigten enthalten, haben im Gegensatz zu den servitutes faciendi, deren Ausübung nur in einzelnen Handlungen des Berechtigten besteht, eine Eigenthümlichkeit, die wohl zur Aufklärung zu dienen geeignet ist[60]). Sie sind mit dem Besitz des praedium dominans unzertrennlich verbunden und enthalten, ähnlich wie manche der sog. Legalservituten, gewissermaßen eine Erweiterung des Grundstücks über seine natürlichen Grenzen hinaus, sei es, daß infolge derselben das herrschende Grundstück unmittelbar körperlich in das dienende hineinragt bezüglich eine körperliche Berührung mit demselben hergestellt wird (servitus protegendi, tigni immittendi etc.), sei es,

59) Vgl. z. B. Vangerow a. a. O.

60) Stölzel selbst (S. 38.) deutet unter Berufung auf Vacarius dieses Unterscheidungsmerkmal an.

daß die Herrschaft des praedium dominans wenigstens in das praedium serviens sich hineinerstreckt, daß der dieser Herrschaft entsprechende Zustand als ein mit dem Besitz des praedium dominans von selbst besessener und zugleich äußerlich als Zustand des praedium dominans selbst erscheint, dessen Veränderung daher als eine Beeinträchtigung nicht sowohl der dem Grundstück zustehenden Servitut als des Grundstücks selbst aufgefaßt werden kann (serv. ne luminibus, ne prospectui offic.). Ein Haus mit bestimmtem Licht und bestimmter Aussicht ist schon äußerlich ein anderes als dasselbe Haus ohne diesen Zustand, während ein Haus, dem eine serv. viae an einem Grundstück zusteht, in seinem äußeren Zustand von dieser Erstreckung in ein anderes Gebiet hinein nichts erkennen läßt. Daher erstreckt sich umgekehrt eine jenen Zustand des praedium serviens ändernde Bauthätigkeit, die eine servitus prohibendi oder habendi verletzt, in das Gebiet des servitutberechtigten Grundstücks herein, während das bei einer servitus faciendi nicht der Fall ist. Dort wird das praedium dominans unmittelbar in seinem Bestand durch aedificatio und demolitio beeinträchtigt, hier nicht. Daher wird dort der schleunige Schutz durch o. n. n. gewährt, ganz ebenso wie bei einem wirklichen aedificare in nostro oder immittere in nostrum, während bei den servitutes faciendi die o. n. n. versagt wird[61]).

20. Haben wir bis jetzt die Frage betrachtet, welches Recht die objective Voraussetzung für die Befugniß zur

61) Dieser Gedanke ist schon ausgesprochen in den beiden Glossen zu dem Werk des Vacarius, die bei Stölzel S. 38. 39. abgedruckt sind.

o. n. n. ist, und sie dahin beantwortet, daß das Eigenthum und gewisse Realservituten die Grundlage für das jus nunciandi bilden, so bleibt uns nun noch die weitere Frage zu erörtern übrig, welche Personen sich der o. n. n. bedienen können.

Es scheint, als ob diese beiden Fragen zusammenfielen und als ob man auf die letztere einfach zu sagen habe: Nunciationsberechtigt ist der Eigenthümer, theils als solcher, weil die Substanz seines Grundstücks beeinträchtigt ist, theils als Inhaber einer seinem Grundstück zustehenden Realservitut, gegen deren Inhalt verstoßen wird. Aber der Kreis der berechtigten Personen ist damit nicht erschöpft. Vielmehr, wie wir eine Reihe von Befugnissen des Eigenthümers — insbesondere die Befugniß zur Anstellung der zunächst lediglich dem Eigenthümer zustehenden Klagen — auf andere Personen übertragen finden, so ist auch das Recht zur o. n. n. gewissen anderen Personen eingeräumt. Darüber aber, in wie weit dies der Fall, ist wieder Streit[62]).

Nach den Quellen ist zweifellos, daß das Recht zur o. n. n. außer dem Eigenthümer auch noch dem Inhaber eines *fundus provincialis*, dem Superficiar und dem Pfandgläubiger zusteht (l. 3. pr. h. t. l. 3. §. 3. eod. l. 9. eod. vgl. mit l. un. §. 5. de remiss.). Zu diesen Personen fügt man noch — und wenn auch ohne ausdrückliches Zeugniß, so doch gewiß mit Recht — den publicianisch Berechtigten hinzu, denn hat er auch nicht die absoluten Rechtsmittel des Eigenthümers, so genießt er doch in derselben Weise wenig-

62) Vgl. Hasse S. 580. Heimbach im Rechtslex. S. 586 bis 588. Stölzel S. 44—71.

stens eines relativen Schutzes durch die actio Publiciana. Manche gewähren auch dem Emphyteuta die Befugniß zur o. n. n., während Andere sie ihm absprechen[63]). Für die erstere Ansicht spricht, daß der Grund, der in den Quellen für die Berechtigung des Superficiars angeführt wird „weil derselbe eine utilis in rem actio habe", ebenso auf den Emphyteuta paßt; was von der andern Seite dagegen geltend gemacht wird, daß nämlich bei Feldgrundstücken die o. n. n. unzulässig sei[64]), ist schon darum nicht stichhaltig, weil auch auf einem emphyteutischen Grundstück Gebäude stehen können, ohne daß dadurch der Character des Rechts als Emphyteuse alterirt würde. Da nun an sich schon die Analogie des Eigenthums bei Emphyteuse und Superficies vollständig eintritt, die wichtigeren Schutzmittel des Eigenthums auf beide Rechte ausgedehnt sind und nirgends die Analogie des Eigenthums ausdrücklich ausgeschlossen oder nur bezweifelt wird[65]), und außerdem noch die o. n. n. dem Superficiar ausdrücklich gestattet ist, so ist in der That kein Grund, die Befugniß dazu dem zufällig nicht genannten Emphyteuta zu versagen.

21. Ist nun den nach den Quellen berechtigten Personen nach beiden Richtungen hin, sowohl wegen Verletzung der Substanz des Grundstücks als wegen Verletzung einer dem Grundstück zustehenden Servitut die Möglichkeit der o. n. n. gegeben? Stölzel (S. 51. ff.) will diesen Personen, wenigstens dem Superficiar und Pfandgläubiger, die o. n. n. nur wegen Beeinträchtigung

63) Vgl. Stölzel S. 54—59.

64) Vgl. Stölzel S. 55. Heimbach im Rechtslex. S. 588.

65) Vgl. Jhering Abhandl. S. 134.

der Servitut einräumen, weil denselben wohl die actio confessoria, nicht aber die actio negatoria des Eigenthümers zu geben sei. Dem läßt sich, wenn wir zunächst von den Quellen absehen, vor Allem entgegenhalten, daß es im höchsten Grade auffallend wäre, wenn derjenige, der sogar die dem Grundstück zustehenden den Umfang der natürlichen Befugnisse erweiternden Rechte mit einer Klage verfolgen kann, nicht die Möglichkeit haben sollte, das geringere Recht, den natürlichen Zustand des Grundstücks gegen Verletzungen zu schützen, klagend geltend zu machen[66]). Und wenn diesen Personen eine utilis in rem actio zusteht, mit der sie die totale Verletzung des Rechts, die Besitzentziehung, beseitigen können, sollte man da nicht vielmehr geneigt sein, ihnen auch einen Schutz gegen blos partielle Eingriffe in dieses Recht zu gestatten? Die von Stölzel hiergegen angeführten Stellen sind nicht beweisend.

Die l. 3. §. 3. h. t.:

> Si ego superficiarius sim et opus novum fiat a vicino, an possim nunciare? Movet, quod quasi inquilinus sum: sed praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur et o. n. n. debet mihi concedi

wirft die Frage auf, ob der Superficiar gegenüber einem vom Nachbar vorgenommenen Neubau nunciiren könne. Der Zweifel, hergenommen von der Aehnlichkeit des superficiarischen und des Miethverhältnisses, wird zurück-

66) Das Interesse des Pfandgläubigers, die Zerstörung des ihm verpfändeten Hauses zu verhindern, ist doch ein bei weitem größeres als sein Interesse daran, daß diesem Hause nicht einer demselben zustehenden serv. ne prospectui offic. zuwider die Aussicht verbaut wird.

gewiesen durch das Argument, der Superficiar habe ja eine utilis in rem actio und daraus wird weiter abgeleitet, daß er deßhalb auch wegen der dem Grundstück zustehenden Servituten zu klagen und zu nunciiren berechtigt sei. Also weil der Superficiar eine zum Schutz seines Rechts an dem Gebäude dienende dingliche Klage nach Analogie der Eigenthumsklage hat, deßhalb soll ihm auch die Klage zur Geltendmachung der dem Grundstück zustehenden Servituten, welche als directe nur dem Eigenthümer zusteht, gewährt werden. Selbst wenn man davon absehen will, ob nicht schon aus dem Begriff der utilis in rem actio, die allerdings vom Prätor nur als rei vindicatio gemeint ist, die Zulässigkeit der utilis actio negatoria sich ableiten läßt, so spricht doch der Umstand, daß dem Superficiar wegen des Rechts zur rei vindicatio auch das Recht zur actio confessoria gegeben wird, entschieden dafür, daß er auch die actio negatoria haben muß. Um diesen Schluß a majori ad minus, daß, wer sogar die dem Grundstück zustehenden Servituten mit einer Klage geltend machen kann, auch die dem Grundstück gegenüber vorkommenden Anmaßungen von Servituten und andere Eingriffe muß zurückweisen können, sowie die weitere Folgerung, daß demjenigen, der eine Klage wegen totaler Verletzung hat, auch eine Klage wegen partieller Beeinträchtigungen zu geben ist, abzuweisen, müßte der Beweis des Ausschlusses dieser letztern Klage geführt werden. Ein solcher Beweis läßt sich aber durch l. 3. §. 3. cit. nicht erbringen, das blose Schweigen über die actio negatoria kann als solcher nicht betrachtet werden[67]).

67) Außerdem ist hier blos von der actio confessoria

Dieselben Gründe sprechen für die Befugniß des Pfandgläubigers, auch wegen Verletzung der Substanz des verpfändeten Grundstücks zu nunciiren. Nach l. 9. h. t. kann derselbe de jure id est de servitute o. n. nunciare, nam ei vindicatio servitutis datur. Stölzel (S. 53.) meint, die ausdrückliche Erläuterung, daß unter de jure nunciare eine o. n. n. de servitute, nicht etwa eine rechtsbegründete o. n. n. überhaupt zu verstehen sei, und die Zufügung des Grundes, aus welchem die o. n. n. dem Pfandgläubiger gestattet sei, ließen keinen Zweifel, daß die o. n. n. des Pfandgläubigers auf die Servituten der Pfandsache beschränkt werden solle. Bei einem von der Rechtsconsequenz so abweichenden Satz, wie der wäre, daß der Pfandgläubiger nur wegen Verletzung der Servituten des Pfandobjects, nicht auch wegen Verletzung des Pfandobjects selbst — wodurch der Werth des Pfands regelmäßig viel mehr als durch ersteres beeinträchtigt wird — nunciiren könne, wäre es doch auffallend, wenn der Jurist sich nicht deutlicher ausgedrückt hätte, „zumal — so läßt sich dieses Schlußargument Stölzel's gegen ihn benutzen — außerdem ein Nunciationsrecht des Pfandgläubigers nirgends Erwähnung findet".

Nur ein Einwand könnte unserer Ansicht noch gemacht werden. Nach der communis opinio ist, wie wir

und von der o n. n. wegen Verletzung einer Servitut nur deßhalb die Rede, weil die species facti von einem opus *a vicino* factum, also von einem auf seinem Grundstück errichteten Werk, spricht, welches eine Verletzung der Substanz des superficiarischen Grundstücks nicht enthält.

früher gesehen haben, die o. n. n. nur statthaft, wenn ihr eine actio negatoria oder confessoria zur Grundlage dient. Wir haben jene Ansicht insoweit zurückgewiesen als auch der zur rei vindicatio Berechtigte, also der nicht besitzende Eigenthümer, sich durch o. n. n. schützen kann, wenn der künftige Beklagte neben der totalen Verletzung des Eigenthums sich auch partieller Eingriffe durch Neubauten schuldig macht. Dies ließe sich, wenn man einmal die oben ausgeführte Behauptung, wonach der Pfandgläubiger auch wegen Beeinträchtigung der Substanz des verpfändeten Grundstücks nunciiren kann, für richtig hält, auch beim Pfandgläubiger so denken, daß er, wenn er nicht im Besitz des Pfandobjects ist, die vindicatio pignoris anstellen, zugleich aber, um sich sofort gegen ein opus novum zu schützen, die Nunciation vornehmen dürfe. Wenn nun aber der Pfandgläubiger im Besitz ist und Jemand in die Substanz des Grundstücks eingreift, kann er auch dann nunciiren oder m. a. W. hat er die actio negatoria wegen solcher Eingriffe als selbständige Klage? Stölzel (S. 52., vgl. auch S. 55. 56.) sagt: wie für den dominus selbst bei der o. n. n. nicht die rei vindicatio, sondern lediglich die actio negatoria in Betracht kommt, so auch bei den vom dominus ihre dinglichen Rechte Ableitenden niemals die utilis rei vindicatio, sondern allenfalls die utilis negatoria, welche letztere aber nicht existirt. Nach Stölzel haben also sämmtliche Inhaber von jura in re aliena keine actio negatoria. Wäre das wahr, so dürfte ihnen auch nach unserer Ansicht, wenigstens in dem Fall, wo die factische Veranlassung zur rei vindicatio fehlt, die o. n. n. nicht zugestanden werden. Aber es ist nicht wahr. Wenn einmal feststeht, daß durch Gewährung

einer dinglichen Klage, sei auch ausdrücklich nur die rei vindicatio genannt, das Recht selbst zu einem dinglichen geworden ist, so ergiebt die einfache Rechtsconsequenz, daß das Recht nun auch nach allen Seiten hin den Character eines dinglichen hat: die Wirksamkeit eines dinglichen Rechts äußert sich aber im Verhältniß des Berechtigten zur Außenwelt dahin, daß dasselbe gegen Eingriffe Dritter geschützt ist und zwar nicht blos gegen vollständige Entziehung, sondern auch gegen partielle Eingriffe. „Wollte man das Recht nach dieser Seite hin (nämlich hinsichtlich des ungestörten Genusses der Sache) schutzlos lassen, so würde man sich einen argen Widerspruch zu Schulden kommen lassen; man würde ein Mittel zur Wiedererlangung der Sache ertheilen, dies gestörte Verhältniß zur Sache wiederherstellen wollen, dagegen aber im normalen Zustand den Schutz versagen und dadurch, daß man keine Klage gegen den Störenden giebt, beständig Eingriffe in das Recht provociren; also mit der gesicherten Wiedererlangung des Genusses muß auch der dauernde Genuß geschützt sein.“ (Ihering Abh. S. 139.) Ihering hat nachgewiesen, daß die römischen Juristen bei der Superficies und Emphyteuse die Analogie des Eigenthums hinsichtlich aller Rechtsmittel desselben vollständig eintreten ließen und daß auch beim Pfandgläubiger das römische Recht die gleiche Tendenz zeigt, denselben dem Eigenthümer gleichzustellen. Zu den ausdrücklich dem Pfandgläubiger gewährten Klagen rechnet Ihering (S. 124.) mit Recht auch die actio negatoria. Wenn dem Superficiar und Emphyteuta das Recht zur actio negatoria zusteht, insbesondere auch deßhalb, weil sie die actio confessoria haben, so beweist

nunmehr auch die l. 16. de serv. 8. 1.[68]): ei qui fundum pignori accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicuti ipsius fundi utilis petitio dabitur; idem servari convenit et in eo ad quem vectigalis fundus pertinet. Aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf den Emphyteuta, der wieder an anderer Stelle dem Superficiar gleichgestellt ist, und aus der Gewährung sogar der actio confessoria ist der Schluß nach Obigem vollkommen gerechtfertigt, daß dem Pfandgläubiger auch die actio negatoria zusteht und daß er darum nicht blos wegen Verletzung der Servitut, sondern auch wegen Verletzung der Substanz des Grundstücks zu nunciiren berechtigt ist[69]).

In Bezug auf die bisher erörterten Fälle der jura in re aliena ist noch eine für alle gemeinsame Frage aufzuwerfen, nämlich die, ob Emphyteuta u. s. w. nur alieno oder wirklich suo nomine die actio negatoria und confessoria anstellen und folglich nunciiren können, womit dann zugleich die Entscheidung des Zweifels von selbst gegeben ist, ob diesen Personen auch dem Eigenthümer selbst gegenüber diese Rechtsmittel zustehen. Man wird die erste Frage unbedingt dahin beantworten müssen, daß diese Personen die betreffenden Rechtsmittel kraft eignen Rechts haben: sie klagen und nunciiren suo nomine und im eigenen Interesse. Will man sie, weil sie die Klagen als utiles haben und wie ihr Recht selbst, so auch die das Recht schützenden Klagen vom Eigenthümer ableiten, als procuratorio nomine klagend

68) Stölzel S. 51. leugnet dies mit Unrecht.

69) Vgl. auch Sintenis Civilrecht Bd. I. §. 52. am Ende; Glück Comm. X. S. 231.

betrachten, gewissermaßen wie procuratores in rem suam, so ist das ein rein formeller Gesichtspunct, der die Selbständigkeit ihres Rechts nicht berührt[70]). Damit ist aber auch entschieden, daß sie, wenn wir ihnen einmal die actio negatoria zum Schutz ihres Rechts einräumen müssen, diese Klage und die o. n. n. auch gegen den Eigenthümer selbst haben, welcher die Sache in einer ihr Recht verletzenden Weise beeinträchtigt: das einmal constituirte Recht ist ein vollkommen selbständiges, Recht wie Klage gehen in rem, auch gegen den Eigenthümer selbst. Die Hervorhebung dieses Satzes war nur deßhalb nöthig, weil, wie wir gleich sehen werden, beim Usufructus das suo und alieno nomine nunciare sich entgegengesetzt wird.

22. Schwieriger ist die Entscheidung, wie es sich bei der vierten Art der jura in re aliena, den Servituten, verhält. Natürlich können hier nur Personalservituten, also insbesondere der Usufructus, gemeint sein. Denn die Realservituten sind ja nicht selbständige Rechte, wie Emphyteuse, Superficies, Pfandrecht und Usufructus, sondern sind an ein Grundstück geknüpft und stehen dem Eigenthümer dieses Grundstücks als solchem bezüglich dem Emphyteuta u. s. w. zu, fallen also unter die bis jetzt besprochene allgemeine Kategorie: Verletzung des Grundstücks und einer damit verbundenen Servitut.

Kann nun der Usufructuar in derselben Weise nunciiren wie die Inhaber der übrigen jura in re aliena?

70) Der Procurator im technischen Sinn muß cautio de rato leisten, derjenige aber, der eine selbständige actio negatoria und confessoria und damit o. n. n. hat, natürlich nicht.

Nach Ausweis der Quellen[71]) bestand zwischen den römischen Juristen eine Controverse darüber, ob der Usufructuar die dem Grundstück zustehenden Realservituten mit einer besondern actio confessoria utilis oder nur mit seiner eigenen actio confessoria directa wegen des Usussfructus geltend machen könne. Das erstere war die Ansicht Julian's, für das letztere entschieden sich Labeo, Nerva, Marcellus, Ulpian, Paulus. Diese Verschiedenheit der Ansichten mußte hinsichtlich der Frage nach der Zulässigkeit der o. n. n. Seitens des Usufructuars nothwendig dazu führen, daß Julian auch das Recht zur o. n. n. dem Usufructuar einräumt, die übrigen Juristen aber ihm dieses Recht absprechen. Ulpian sagt in l. 1. §. 20. h. t., der Usufructuar könne suo nomine nicht nunciiren, alieno nomine könne er es, Julian aber zeigt durch die Art und Weise, wie er in l. 2. eod. die Unzulässigkeit der o. n. n. des Usufructuars gegen den Eigenthümer motivirt, ebenso deutlich, daß nach seiner Ansicht der Usufructuar dem Nachbar gegenüber wegen einer Servitut nunciiren könne. Man hat wohl diesen Widerspruch zwischen den beiden Juristen dadurch zu heben gesucht, daß man dem Julian'schen Ausspruch den Sinn unterlegt, der Usufructuar könne procuratorio nomine nunciiren, so daß Julian in Wahrheit derselben Ansicht sei, wie Ulpian, der ja auch nur das nunciare posse suo nomine leugne[72]). Aber die beiden Stellen müssen in Consequenz der verschiedenen Ansichten ihrer Urheber über die Zulässigkeit der actio

71) L. 1. §. 20. h. t. l. 2. eod. l. un. §. 4. de remiss. l. 1. pr si usufr. pet. 7. 6. l. 5. §. 1. eod.

72) Vgl. von neuern Schriftstellern Hesse Einspruchsrecht S. 122, über ältere Ihering a. a. O. S. 125. A. 1.

confessoria wegen Realservituten etwas Verschiedenes sagen. Wer das Recht zu einer selbständigen actio confessoria hat, muß auch das Recht zur selbständigen o. n. n. haben. Folglich kann das Nunciationsrecht, welches Julian dem Usufructuar giebt, nicht dasselbe sein, welches Ulpian meint. Der Sinn der Ulpian'schen Stelle ist der: der Usufructuar hat kein Nunciationsrecht (denn daß er es procuratorio nomine hat, ist nichts dem Ususfructus eigenthümliches), während der Sinn des Julian'schen Ausspruchs dahin geht, daß der Usufructuar ein Nunciationsrecht, wenigstens dem Nachbar gegenüber[73]), hat. Daß es aber wirklich so ist und daß die Consequenz der Julian'schen Ansicht es erheischt, dem Usufructuar ein Nunciationsrecht zu geben, das sagt Ulpian selbst unzweideutig in l. un. §. 4. de remiss.: nach Julian habe der Usufructuar eine actio confessoria wegen der dem Nachbar gegenüber zustehenden Servituten, secundum quod o. n. nunciare poterit vicino; und daß damit ein selbständiges Nunciationsrecht, nicht ein Nunciiren procuratorio nomine gemeint ist, das beweist unwiderleglich der Zusammenhang dieses §. 4. mit §. 3. In letzterem heißt es: jus habet o. n. nunciandi qui aut dominium aut servitutem habet und daran schließt sich §. 4. mit den Worten: item Juliano placet, fructuario vindicandarum servitutum jus esse etc. Das Recht des Eigenthümers als solchen und als Servitutberechtigten ist natürlich ein selbständiges, und wenn nun §. 4. fortfährt: item Juliano placet etc., so kann darunter auch nur ein selbstän-

73) Ueber die Frage, warum nur gegenüber dem Nachbar, nicht auch gegenüber dem Eigenthümer, s. im Folgenden.

biges Nunciationsrecht verstanden werden, wie denn auch aus den Schlußworten des §. 4.: idem Julianus dicit de ceteris quibus aliqua servitus debetur — worunter nur die zur Geltendmachung der Realservituten außer dem Eigenthümer berechtigten übrigen Personen, Superficiar, Emphyteuta und Pfandgläubiger verstanden werden können — dieselbe Folgerung sich deduciren läßt.

In der Justinianeischen Compilation scheint aber doch die Ansicht Julian's zur Geltung gekommen zu sein und der Widerspruch als ausgeglichen betrachtet werden zu müssen. Allerdings lautet die l. 1. §. 20. h. t. sehr bestimmt und unzweideutig dahin, daß nach Ulpian die o. n. n. nicht zulässig ist. Bekanntlich findet sich aber in den Digesten häufig in einer Stelle ein ganz allgemein lautender Satz, der durch eine andere Stelle seine Beschränkung erhält. Ulpian selbst liefert uns hierfür ein schlagendes Beispiel und zwar gerade in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit der actio confessoria wegen Realservituten Seitens anderer Personen. In l. 2. §. 1. si serv. vind. 8. 5. gestattet er diese Klage ganz ausdrücklich nur dem Eigenthümer, und derselbe Ulpian sagt in l. 3. §. 3. h. t. vom Superficiar: praetor utilem in rem actionem dat et ideo et servitutum causa actio dabitur. Also er will principiell die Klage auf den Eigenthümer beschränkt wissen, läßt sich aber dann zu Concessionen herbei, da auch Andere — und hier ist es wieder Julian, der mit diesem Beispiel vorangeht (l. 16. de serv. 8. 1.) — eine solche Ausdehnung der actio confessoria über ihre ursprüngliche Anwendungssphäre hinaus annehmen. Wenn wir nun finden, daß Ulpian in l. un. §. 4. 5. de remiss. die Ansicht Julians, wonach auch der Usufructuar die

actio confessoria hat, referirt, ohne ihr zu widersprechen oder nur eine abweichende Meinung anzudeuten, so daß er vielmehr selbst den weiteren Schluß daraus zieht: secundum quod et o. n. nunciare poterit vicino, so müssen wir wohl annehmen, daß Ulpian später sich zur Ansicht Julian's bekehrt habe[74]). Jedenfalls haben die Compilatoren die Ansicht Julian's angenommen, sonst hätte dieselbe nicht in dieser Weise in l. un. de remiss. erwähnt sein können. Daß von einem Versehen der Compilatoren nicht die Rede sein kann, zeigt die unmittelbare Nebeneinanderstellung der l. 1. §. 2. h. t. mit der Ansicht Ulpian's und der l. 2. eod. mit der Ansicht Julian's. Auf der andern Seite ist aber dieses Nebeneinanderstellen beider Ansichten wieder ein Beweis dafür, daß die Compilatoren auch der Ansicht Ulpian's eine Geltung zukommen lassen wollen. Wir müssen also die beiden Stellen, die zusammen mit l. un. §. 4. de remiss. das practische Recht darstellen sollen, so mit einander zu vereinigen suchen, daß beide neben einander bestehen können. Und da giebt es keine andere Möglichkeit als die l. 1. §. 20. aus der l. 2. heraus so zu interpretiren: der Usufructuar hat gegenüber dem Eigenthümer kein jus nunciandi, wohl aber gegenüber dem Nachbar, der auf seinem Grundstück gegen den Inhalt einer dem usufructuarischen Grundstück zustehenden Servitut ein opus novum unternimmt.

Damit haben wir die Schwierigkeit, die aus dem durch die Compilatoren nur künstlich ausgeglichenen Widerspruch dieser beiden Stellen herrührt, beseitigt.

74) Die l. 1. §. 20. h. t. stammt aus dem 52. Buch ad edict., die l. un. de rem. aus dem 71. Buch.

Aber es erwartet uns gleich eine andere und zwar gerade aus dieser Lösung und aus dem Ausspruch Inlian's in l. 2. h. t.

Wenn nämlich — wie dies ja die Ansicht Julian's und wie wir sahen wohl auch die spätere Ansicht Ulpian's und jedenfalls die der Compilatoren ist — dem Usufructuar einmal die actio confessoria wegen der dem Grundstück zustehenden Servituten gegeben ist, so muß nach unserer obigen Ausführung (Ziff. 21.) ihm auch die actio negatoria utilis und zwar wie gegen Dritte so auch gegen den Eigenthümer selbst eingeräumt werden, und dann muß man ihm in demselben Umfang die Befugniß zur o. n. n. zugestehen, also sowohl wenn durch das opus novum die Substanz des Grundstücks, als wenn die ihm zuständigen Servituten verletzt werden. Von Eingriffen Dritter in die Substanz und deßhalb zuständiger actio negatoria und o. n. n. sagen nun die Quellen nichts, von Eingriffen des Eigenthümers selbst in die Substanz sagt aber Julian in l. 2. cit. ausdrücklich das Gegentheil[75]). Was ist nun der Grund

75) Das ist wenigstens wohl sicher als der Sinn der Worte neque enim sicut vicino etc. zu betrachten. Wollte man diese Worte so auffassen: der Usufructuar kann die dem Grundstück gegen das Nachbargrundstück zustehende serv. altius non toll. nicht gegen den Eigenthümer geltend machen, so wäre das freilich richtig, aber mehr als trivial, denn wenn der Nachbar gegen den Inhalt dieser Servitut verstößt, so ist dem gar nicht bauenden dominus gegenüber natürlich eine act. conf. und o. n. n. einfach undenkbar. Wollte man aber an den sehr entfernt liegenden Fall denken, daß der Eigenthümer selbst auf dem Nachbargrundstück in einer seine serv. altius non toll. beeinträchtigenden

davon, daß auch nach Julian der Usufructuar solchen Eingriffen des Eigenthümers gegenüber nicht nunciiren kann? Eines materiellen Schutzes gegen partielle Eingriffe in die Substanz, auch gegenüber dem Eigenthümer, genoß der Usufructuar so gut wie eines Schutzes gegen gänzliche Entziehung der Sache und gegen Beeinträchtigung des Usufructus durch Störung der mit dem Grundstück verbundenen Servituten. Das sagt nicht nur Julian in den Schlußworten der l. 2. cit.: si hoc facto (d. h. durch partielle Eingriffe des Eigenthümers in die Substanz) ususfructus deterior fiat, petere usumfructum debebit, sondern das erkennen auch die andern in Bezug auf die Frage nach der Zulässigkeit der actio confessoria utilis von Julian abweichenden Juristen an (l. 1. pr. l. 5. §. 1. si ususfr. pet. 7. 6.). Aber diese letzteren stellten auch principiell und durchgreifend zum Schutz gegen diese verschiedenen Eingriffe nicht verschiedene selbständige Klagen auf, sondern gaben statt einer besondern rei vindicatio actio negatoria und confessoria nur die eine vindicatio, ususfructus, die

Weise baute, so wäre nicht einzusehen, warum die dem Usufructuar einmal gegebene act. conf. nicht auch gegen den allerdings zunächst sein eignes Recht, damit zugleich aber auch das des Usufructuars verletzenden Eigenthümer zustehen sollte, denn auch der Superficiar u. s. w. würde in einem solchen Fall mit der act. conf. utilis klagen können. Es können demnach diese Worte sich nur auf den Fall beziehen, daß der Eigenthümer auf dem usufructuarischen Grundstück selbst ein opus unternimmt, wodurch die Substanz desselben und damit der Usufructus beeinträchtigt wird.

also die Function jener drei Klagen in sich vereinigte[76]). Wenn aber Julian einmal dem Usufructuar eine selbständige actio confessoria utilis neben der vindicatio ususfructus giebt, so ist es inconsequent, daß er ihm nicht auch die actio negatoria utilis und damit die Befugniß zur o. n. n. wegen Verletzung der Substanz des Grundstücks und dann natürlich auch gegen den Eigenthümer gestattet. Solche Inconsequenzen sind freilich gerade da, wo es sich um die Ausdehnung der Schutzmittel des Eigenthümers auf die Inhaber von jura in re aliena handelt, nicht selten. Wir haben hier einen theilweis noch in Gährung begriffenen und in der Fortentwicklung unterbrochenen Rechtszustand vor uns. Bei der Superficies und Emphyteuse sind fast alle Schutzmittel des Eigenthums als anwendbar von den römischen Juristen anerkannt, während beim Usus fructus mehrere Rechtsmittel ausdrücklich ausgeschlossen, andere nur zögernd zugelassen worden sind[77]). Die Tendenz, auch diese Rechte dem Eigenthum zu nähern, ist aber unverkennbar. Daß die Compilatoren diese Tendenz nicht weiter geführt und zur vollen Entwicklung gebracht haben, darf man ihnen wohl zu gute halten. An die heutige Jurisprudenz kann aber die Anforderung gestellt werden, daß sie das von den römischen Juristen in leichten Umrissen aber erkennbar Angedeutete ausführe.

76) Eine eigenthümliche Ansicht über den Grund dieser Streitfrage stellt Baron Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 515 ff. auf. Er bringt sie in Zusammenhang mit der Auffassung des Usus fructus als pars dominii Seitens mancher Juristen.

77) Ihering a. a. O. S. 134 ff.

Nicht als ob wir nun dem Usufructuar auch eine actio negatoria utilis neben der vindicatio ususfructus geben müßten, aber wir müssen erkennen, daß in der letzteren Klage doch der materielle Gehalt einer actio negatoria ebenso wie einer confessoria liegt, und die nothwendige Consequenz daraus ziehen, die die römische Jurisprudenz in Folge ihres Festhaltens an dem formellen Gesichtspunct nicht gezogen hat: daß nämlich die o. n. n. des Usufructuars, dessen Recht eines materiellen Schutzes in derselben Weise wie das Eigenthum genießt, nicht auf den Fall beschränkt sein darf, wenn durch das opus novum eine Verletzung der Realservituten droht, sondern ebenso wegen Eingriffs in die Substanz des Grundstücks und damit in sein Nießbrauchsrecht statthaft sein muß, mag dieser Eingriff von Dritten oder vom Eigenthümer selbst ausgehen[78]).

78) „Wir müssen diese formellen Verschiedenheiten der einzelnen Klagen aufgeben und blos den materiellen Gehalt derselben ins Auge fassen, also z. B. nicht fragen: hat der Usufructuar dieselben Klagen wie der Eigenthümer, sondern genießt er materiell denselben Schutz wie jener? Wenn wir nun blos auf diesen materiellen Schutz Rücksicht nehmen, so können wir sagen: er ist auch nach römischem Recht derselbe wie beim Eigenthum. Der Usufructuar hat die actio conf., neg., aquae pluv. arc. zwar nicht formell d. h. als selbständige Klagen, wohl aber materiell d. h. als Theile seiner Vindication des Usufructus. Er ist ferner gegen eine Verletzung oder Vernichtung der seinem Usufructus unterworfenen Sachen ebenso geschützt wie der Eigenthümer. — Die formelle Selbständigkeit der Klagen ist dem Princip der materiellen Berechtigung gewichen." Ihering a. a. O. S. 140.

23. Wir haben bis jetzt von den zur o. n. n. berechtigten Personen den Eigenthümer und die Inhaber von jura in re aliena kennen gelernt[79]). Es bleibt uns noch eine eigenthümlich schwierige Frage, wie es sich mit der Nunciationsbefugniß der Miteigenthümer eines Grundstücks verhält.

Ulpian stellt darüber in l. 3. §. 1. 2. h. t. folgende Sätze auf:

Si in loco communi quid fiat, nunciatio locum habebit adversus vicinum. Plane si unus nostrum in communi loco faciat, non possum ego socius o. n. ei nunciare, sed eum prohibebo communi dividundo judicio vel per praetorem (§. 2.). Quod si socius meus in communi insula o. n. faciat et ego propriam habeam, cui nocitur, an o. n. ei possim nunciare? Et putat Labeo non posse nunciare, quia possum eum alia ratione prohibere aedificare, hoc est per praetorem vel per arbitrum communi dividundo: quae sententia vera est.

Es soll also die o. n. n. unstatthaft sein, wenn ein socius in loco communi ein opus macht, mag der andere socius daneben noch Alleineigenthümer eines durch das opus Schaden leidenden Grundstücks sein

79) Wie Unterholzner Schuldverhältn. II. S. 174. dazu kommt, unter den berechtigten Personen den Precaristen zu nennen, ist schwer erklärlich — wenn es nicht eine Verwechslung mit dem interdictum quod vi aut clam ist.

oder nicht[80]): dieser kann nur prohibere comm. divid. jud. vel per praetorem. — Nach der von Ulpian gebilligten Motivirung Labeo's in §. 2. scheint es, als ob der o. n. n. der Character eines subsidiären Rechtsmittels zukomme. Aeltere wie neuere Schriftsteller haben dies in der That auch angenommen und dies für den wahren Grund der Unzulässigkeit der o. n. n. zwischen socii erklärt[81]). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ist aber leicht nachzuweisen: es müßte danach die o. n. n. in allen den Fällen ausgeschlossen sein, in welchen das interd. quod vi aut clam zulässig ist, und das ist entschieden quellenwidrig[82]). Man hat daher nach einem anderen Grund gesucht, indem man theils den von Labeo angegebenen vollständig verwarf, theils aber auch den Grund als richtig an sich ansah und nur etwas anderes als den subsidiären Character der o. n. n. darin ausgesprochen fand.

Was nun diese verschiedenen Erklärungsversuche anbetrifft, so sind zunächst zwei Gruppen zu unterscheiden: nach den Einen, der Minorität, gebildet von Cujacius und Hesse[83]) liegt der Grund in der Unzulässigkeit der actio

80) Die actio finium regundorum ist gleichfalls zwischen socii ausgeschlossen und zwar auch dann, wenn das eine Grundstück im Alleineigenthum des einen socius steht. l. 4. §. 6. 7 fin. reg. 10. 1.

81) Vgl. Stölzel S. 67. A. *

82) L. 5. §. 10. h. t.

83) Cujacius Opp. IV. 151. VII. 423. 593. X. 1176. Hesse Rechtsverh. II. S. 89. 97. Einspruchsrecht S. 118. 119. vgl. auch dessen Abh. in Jahrb. f. Dogm. VIII. S. 60 ff.

negatoria zwischen socii; nach den Anderen ist die **actio negatoria** zwischen socii statthaft und darum der Grund des Ausschlusses der o. n. n. ein anderer. Darüber aber, welches dieser andere Grund sei, weichen die Ansichten wieder sehr von einander ab. Hasse (S. 584) glaubt eine Erklärung dafür zu finden in dem Grundprincip, welches er für die o. n. n. aufstellt, daß nämlich das Recht zur o. n. n. streng genommen nicht gewissen Personen, sondern dem praedium gegeben sei und einzelnen Personen nur insofern, als sie in einem solchen Nexus mit dem Grundstück ständen, daß sie zur Repräsentation desselben zugelassen werden könnten: Miteigenthümer aber könnten nicht als Repräsentanten auftreten gegen einen, der selbst das Recht habe den Boden zu vertreten. Dieses Hasse'sche Princip ist aber selbst problematisch, es fragt sich immer, wem dieses Repräsentationsrecht zusteht, und darauf giebt das Princip keine Antwort[84]), ja es würden sich aus diesem Princip Sätze ergeben, die Hasse selbst nicht billigen würde[85]). Nach Vangerow (§. 676. Anm. I. 3.), Wiederhold (a. a. O. S. 85.), Polis (a. a. O. S. 17.) sollen die socii deßhalb einander nicht nunciiren dürfen, weil die o. n. n. immer sämmtliche Miteigenthümer

84) Vgl. Stölzel S. 278. 279.

85) So ist ja auch der Superficiar hinsichtlich der o. n. n. zur Vertretung des Grundstücks berechtigt und man muß ihm die o. n. n. auch dem Eigenthümer selbst gegenüber gestatten, während man nach dem Hasse'schen Princip sagen müßte, der Repräsentant des Grundstücks kann nicht auftreten gegen einen, der selbst das Recht zur Repräsentation hat.

verpflichte, der nunciirende socius also sich selbst verpflichten würde, was rechtlich unmöglich sei. Daraus würde aber, wie Stölzel (S. 68.) mit Recht hervorhebt, nur folgen, daß der nunciirende socius selbst durch die o. n. n. nicht verpflichtet würde, nicht aber, daß sie überhaupt unzulässig sei. Duaren (opp. Francof. 1592. S. 593.) meint, der in re communi Bauende baue in suo und deßhalb, weil gegen den in suo Bauenden die o. n. n. nur statthaft sei, wenn er seinem Grundstück eine Servitut aufgelegt habe, könne der socius dem socius nicht nunciiren. Aber wer in re communi baut, baut in der That nicht in suo d. h. nicht auf einem ihm allein gehörigen Grundstück, ebenso wie er umgekehrt da, wo die Voraussetzung einer Klage ein facere in alieno ist, sich dieser Klage nicht aussetzt, weil er nicht lediglich in alieno, sondern zugleich in suo handelt[86]); es ist eben ein von beiden Fällen verschiedenes Handeln in communi. — Gegen alle diese Erklärungen läßt sich überdies der Einwand machen, daß Ulpian und Labeo nicht einen dieser Gründe, sondern einen andern angeben. Dieser Vorwurf kann zwar Stölzel nicht gemacht werden, aber seine Erklärung (S. 62. ff. 117. 118.) ist nicht befriedigend. Nach ihm ist der Grund des besonderen zwischen den socii be-

86) Vgl. l. 2. §. 1. de relig. 11. 7. Die Voraussetzung der actio in factum wegen illatio mortui ist das inferre in locum alienum, zwischen socii ist diese Klage ausgeschlossen, der socius wird auf die actio familiae erciscundae und communi dividundo verwiesen. Man kann hier eben nicht sagen, daß ein inferre in locum alienum vorliege, da der Ort doch dem Inferirenden auch gehört.

stehenden Verhältnisses der obligatorische Nexus: durch diesen und durch das überdies zwischen socii statthafte interdictum quod vi aut clam seien sie gegen Beeinträchtigungen durch Neubauten genügend gesichert, die o. n. n. sei für sie unnütz, ja nachtheilig, weil sie den Nunciaten in die Lage setze durch Cautionsleistung das einstweilige Recht zur Fortsetzung des Werks zu erlangen, obwohl ihm als socius ein Baurecht unter keinen Umständen gebühre. Diese Erklärung ist vor Allem darum nicht richtig, weil dann nur hätte gesagt werden können, daß der socius der o. n. n. nicht bedürfe oder sich ihrer zweckmäßiger nicht bedienen solle, nicht aber, daß die o. n. n. überhaupt unstatthaft sei.

Versuchen wir eine Erklärung zu finden, welche die gerügten Mängel nicht hat, welche also einerseits sich auf den in l. 3. §. 2. cit. angegebenen Grund stützt, andererseits aber auch die Unzulässigkeit der o. n. n. als eine rechtliche Nothwendigkeit erscheinen läßt. Stölzel (S. 68.) meint, wenn wirklich — was er leugnet — die actio negatoria zwischen socii ausgeschlossen wäre, so würde dieser Grund durchschlagend sein. In einem gewissen Sinn ist das richtig, aber doch wird selbst bei dieser Annahme die Schwierigkeit nicht vollständig gelöst. Die Stellen, die für das Verhältniß der socii in Bezug auf unsere Frage wichtig sind, mögen der Uebersicht wegen hier vorausgeschickt werden; daran soll sich, soweit es für unsern Zweck nöthig ist, die Betrachtung des rechtlichen Verhältnisses der Miteigenthümer anschließen.

1) L. 28. comm. div. 10. 3. (Papinian). Sabinus ait in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse. Unde

manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad laesionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur.

2) L. 11. si serv. vind. 8. 5. (Marcellus). An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris jure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri jus sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint jus sibi prohibendi esse vel illi jus aedificandi non esse: et si aedificatum jam sit, num possit cum eo ita experiri jus tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse jus socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti jure communi velit.

3) L. 26. pr. eod. (Paulus). In re communi nemo dominorum jure servitutis neque facere quicquam invito altero potest neque prohibere, quo minus alter faciat (nulli enim res sua servit): itaque propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit. Sed

per communi dividundo actionem consequitur socius, quo minus opus fiat aut ut id opus quod fecit tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

4) L. 27. pr. de S. P. U. 8. 2. (Pomponius). Sed si inter te et me communes sunt Titianae aedes et ex his aliquid non jure in alias aedes meas proprias immissum sit, nempe tecum mihi agere licet aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis aedibus in communes meas et tuas aedes quid similiter esset projectum: mihi enim soli tecum est actio.

Das eigenthümliche Wesen des Miteigenthums besteht darin, daß, während beim Alleineigenthum eine allgemeine Unterwerfung der Sache unter den Willen einer Person stattfindet und diese daher an sich zu jeder denkbaren Willensbeziehung zur Sache berechtigt ist, hier beim Miteigenthum diese Herrschaft über die Sache mehreren Personen zusammen in der Weise zusteht, daß nur ihr vereinter Wille als der für die Sache entscheidende anzusehen ist[87]). Die condomini müssen daher immer einig sein, um den für die Sache entscheidenden Willen hervorzubringen. Daraus ergiebt sich eine eigenthümliche Consequenz. Die Herrschaft über die Sache enthält eine positive und eine negative Seite, der Eigenthümer kann beliebig auf die Sache einwirken und kann

87) Daß dabei jeder einzelne Miteigenthümer ein besonderes von den übrigen unabhängiges Herrschaftsgebiet hat, nämlich die Befugniß, über seinen intellectuellen Antheil zu verfügen, ist keine Abweichung von jenem Princip.

jede fremde Einwirkung ausschließen; aus dem Wesen des Miteigenthums muß aber folgen, daß der eine Miteigenthümer allein eine derartige positive Einwirkung nicht vornehmen darf, da sein Einwirkungswille nicht der allein entscheidende ist, daß aber auch auf der andern Seite der eine Miteigenthümer den andern, der etwas thun will, nicht allein hindern kann, da wieder sein Verhinderungswille nicht der allein entscheidende ist. Der Erste, der allein eine positive Einwirkung vornehmen will, kann gegen den Andern nicht mit der actio negatoria wegen unberechtigten Verhinderns klagen, da er nicht mit Recht behaupten kann jus sibi esse facere invito illo; der Zweite, der das Thun hindern will, kann an sich auch nicht klagen jus sibi esse prohibere, da diese Seite des Eigenthums, das Abwehrenkönnen jeder Störung, an sich auch den übereinstimmenden Willen der Miteigenthümer voraussetzt. In beiden Fällen würde der mit der actio negatoria gegen seinen socius Auftretende sich zugleich das Recht des Andern und zwar gegen diesen selbst anmaßen. Es kann demnach Jeder für sein Baurecht wie für sein Verhinderungsrecht gleich viel vorbringen, Beide sind rechtlich gleich stark, keiner kann den andern besiegen. Wie ist nun, wenn eine Vereinigung und damit der entscheidende Gesammtwille nicht zu Stand kommt, diesem Dilemma zu entgehen? Einfach in derselben Weise, wie sonst auch in Fällen einer Collision, wo eine Ausübung mehrerer gleicher Rechte neben einander nicht möglich ist: der factische Zustand entscheidet, derjenige, der schon in der Lage ist, die er vermöge seines Rechts in Anspruch nehmen kann, ist potior, denn zur Verdrängung aus dieser Lage würde ein stärkeres Recht nothwendig sein und hier ist eben nur ein gleich

starkes vorhanden. Dieser aus der naturalis ratio fließende Satz führt auch hier zur richtigen Lösung. Wenn der Miteigenthümer A. auf dem gemeinsamen Grundstück bauen will und der Miteigenthümer B. ihn thatsächlich oder durch wörtlichen Einspruch daran verhindert, so befindet sich letzterer in dem Zustand, den er vermöge seines Rechts beansprucht, er ist daher potior und A. kann nicht mit einer Klage ein jus aedificandi geltend machen. Hat hingegen A. schon gebaut und damit den Zustand geschaffen, den er in Anspruch nimmt, so ist er nunmehr potior, B. kann jetzt nicht seinerseits eine Veränderung des bestehenden Zustands verlangen und kann nicht klagen jus illi non esse ita aedificatum habere. Darum aber wird persönliches Unrecht, Gewaltthätigkeit und Heimlichkeit, nicht gestattet: wenn B. gewaltsam trotz des Verbots des A. oder heimlich, um dem gefürchteten Widerspruch zu entgehen, die Veränderung auf dem gemeinschaftlichen Grundstück vorgenommen hat, so kann A. mit dem interdictum quod vi aut clam gegen ihn klagen. Ist jedoch weder vi noch clam gehandelt, dann ist an sich eine direct auf Restitution gerichtete Klage nicht gegeben und es bleibt für den beeinträchtigten Miteigenthümer nur noch die Möglichkeit, gegen den andern auf Grund des zwischen ihnen bestehenden obligatorischen Verhältnisses wegen des ihm zugefügten Schadens mit der actio communi dividundo zu klagen und diese Klage kann dann unter Umständen auch die Restitution des opus zur Folge haben, nämlich dann, wenn dies im Interesse der ganzen Societät ist.

Diese Sätze, die wir aus dem Wesen des Miteigenthums und aus der für die Lösung solcher Collisionen allgemein anerkannten Regel entwickelt haben, er-

halten ihre vollkommene Bestätigung durch die oben angeführten Stellen. In l. 28. comm. div. (Nr. 1.) citirt Papinian den Ausspruch des Sabinus: in re communi nemo dominorum facere quicquam invito altero potest, und folgert daraus: unde manifestum est prohibendi jus esse, in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat. Demnach ist der Grund des Verhinderungsrechts nicht etwa der, daß die negative Seite des Eigenthums, das Recht der Ausschließung eines jeden Eingriffs, überwiege — sonst müßte ja auch der Bauende den ihn hindernden Eingriff des andern ausschließen dürfen und sonst hätte Papinian nicht sagen können, daß sie in re pari seien —, sondern lediglich der von uns angegebene, daß beide an sich gleich stark oder gleich schwach sind, indem weder das Eingreifen noch das Abwehren des Eingriffs invito altero rechtlich vorgenommen werden kann, und daß daher der bekannte Satz entscheiden muß: in re pari potior est causa prohibentis. Aber auch nur soweit räumt Papinian ihm ein Uebergewicht über den andern ein. Denn ut factum opus tollat cogi non potest, si cum prohibere poterat hoc praetermisit. Hat er es versäumt, seine günstige Stellung, die ihm als Verhindernden den Vorzug gegeben hätte, zu benutzen, so hat sich nun die Sachlage geändert: jetzt erscheint derjenige, der das opus gemacht hat, als der prohibens, der gegenüber dem Verlangen des andern, es solle das opus wieder beseitigt werden, der potior ist, und der säumige Miteigenthümer ist auf die actio communi dividundo wegen Schadensersatzes beschränkt. Nur dann, wenn ein clam facere vorliegt, wenn der socius quid absente socio ad laesionem ejus fecit, kann auf tollere des opus

factum mit dem interdictum quod vi aut clam geklagt werden, und Gleiches gilt — wie die den allgemeinen Satz ut factum opus tollat cogi non potest beschränkenden Worte si cum prohibere poterat hoc praetermisit zeigen — dann, wenn gegen den ausgesprochenen Verhinderungswillen gebaut ist.

Zu demselben Resultat hinsichtlich des Hauptpunctes führt auch die l. 11. si serv. vind. (Nr. 2.). Bei ihrer Betrachtung werden wir auf die für uns wichtige Frage geführt, ob die Miteigenthümer gegen einander sich der actio negatoria bedienen können. Daß der Miteigenthümer, der vom andern am Bauen verhindert wird, deßhalb nicht die Klage mit der intentio jus sibi esse aedificare invito illo anzustellen berechtigt ist, wird auch von denen, die eine actio negatoria unter Miteigenthümern für möglich halten, nicht geleugnet; es fragt sich also nur, ob der Miteigenthümer, der wider den Willen des andern baut, von diesem wegen des positiven Eingriffs mit der actio negatoria belangt werden kann. Wir haben gesehen, daß der letztere ein jus prohibendi hat, kann er aber dieses jus prohibendi mit der actio negatoria geltend machen? Ausdrücklich gesagt ist nirgends in den Quellen, daß ihm deßhalb die actio negatoria zustehe, auch nicht, wie wir gleich sehen werden, in l. 11. cit. Es ist immer nur von der Befugniß zu prohibiren die Rede, und wo Rechtsmittel zur Geltendmachung dieses jus prohibendi erwähnt werden, da ist es nur die actio communi dividundo und das interdictum quod vi aut clam. Wenn nun nach dem Obigen dieses jus prohibendi lediglich eine Consequenz der Regel in re pari potior est causa prohibentis, nicht aber unmittelbar ein Ausfluß des Eigenthumsrechts

ist, so kann dieses Recht auch nicht mit den zum Schutz des Eigenthums bestimmten Rechtsmitteln verfolgt werden. Wäre es anders, so wäre ganz unerklärlich, warum der socius den andern blos am Bauen verhindern, nicht aber ihn auf Beseitigung des Gebauten belangen kann, da doch das aus dem Eigenthum fließende und mit actio negatoria geltend zu machende jus prohibendi auch zur Restitution des bereits Gemachten ohne Rücksicht auf die vis und clandestinitas des Unternehmers führt. Die Gegner berufen sich aber auf unsere l. 11. cit. Marcellus wirft in dieser Stelle drei auf das Rechtsverhältniß der socii hinsichtlich Neubauten bezügliche Fragen auf: einmal ob ein socius gegen den Willen des andern zu bauen berechtigt sei, welche Frage näher dahin bestimmt wird, ob derselbe, wenn er von den übrigen socii verhindert wird, klagen könne jus sibi esse aedificare, also mit der actio negatoria; ferner ob die andern socii gegen ihn klagen können jus sibi esse prohibendi oder jus aedificandi illi non esse, also auch mit der actio negatoria; und endlich ob sie, wenn er schon gebaut hat, die Klage jus illi non esse ita aedificatum habere, also gleichfalls die actio negatoria, gegen ihn anstellen können. Hätte der Jurist gesagt: im ersten Fall hat der socius keine Klage jus sibi esse aedificare, im zweiten haben die socii eine Klage gegen ihn jus illi non esse aedificare, so wäre allerdings hier bestimmt ausgesprochen, daß der Miteigenthümer gegen den andern, der bauen will, die actio negatoria hat; dann könnte man aber, wie gesagt, erwarten, daß auch für den dritten Fall, wo der socius invitis ceteris schon gebaut hat, dieselbe Klage gestattet würde. Auf diesen letzteren Fall wird aber hier gar keine Antwort

gegeben, während wir aus andern Stellen wissen, daß eine derartige Klage nicht zulässig ist [88]). Marcellus muß also seine Antwort für genügend und auch diesen Fall entscheidend gehalten haben. In der That ist sie das auch, wenn man von unserer Anschauung ausgeht, während sie es nicht ist, wenn man meint, der Jurist spreche dem socius, der das Bauen hindern will, eine darauf gerichtete actio negatoria zu. Offenbar schwebt dem Marcellus dasselbe Bedenken vor, welches wir oben als eine nothwendige Consequenz aus dem Wesen des Miteigenthums kennen gelernt haben: keiner ist allein Eigenthümer, keiner kann daher allein für sich einen Ausfluß des Eigenthums in Anspruch nehmen, weder wer einen Eingriff in das Eigenthum machen noch wer ihn abwehren will, von jedem läßt sich sagen, daß er quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit, wenn er quasi solus dominus das Recht ausüben will, das doch ein gemeinsames ist. Die daraus hervorgehende Collision, daß der eine nicht allein bauen, der andere aber doch wieder ihn allein, blos auf Grund seines Eigenthumsrechts, nicht hindern kann, darf natürlich nicht ungelöst bleiben. Die Lösung, die Marcellus giebt, ist keine andere als die des Papinian in l. 28. cit. (Nr. 2.), nämlich melior est causa prohibentis. Denn nichts anderes drücken die Worte aus: prohibendi potius quam faciendi jus esse socio und der Grund quia magis ille qui facere conatur quodammodo sibi alienum quoque jus praeripit ist nichts anderes als eine Umschreibung des Papinianischen in re pari potior est

88) L. 28. comm. div. (Nr. 2.), vgl. auch l. 4. de servit. leg. 33. 4.

causa prohibentis: streng juristisch betrachtet maßt sich jeder zugleich etwas von dem fremden Recht an, aber doch noch mehr derjenige, der eine Veränderung des bestehenden Zustands einseitig herbeiführen will, denn dazu würde ein stärkeres Recht gehören, während doch beide nur gleiches Recht haben, und nur kraft der Regel in re pari potior est causa prohibentis, und nicht weiter als diese Regel reicht, steht dem Gegner des Bauenden ein jus prohibendi zu. Daraus ergiebt sich dann von selbst die Antwort auf die dritte Frage, ob, wenn schon gebaut ist, die übrigen socii klagen können jus illi non esse ita aedificatum habere. Die Frage ist hier stillschweigend verneint, wie sie anderwärts ausdrücklich verneint wird. Nach unserer Auffassung konnte die Antwort nicht anders lauten, weil derjenige, der schon gebaut hat, sich jetzt in der Lage befindet, den Satz potior est causa prohibentis zu seinen Gunsten geltend zu machen. Nach der andern Ansicht hingegen, wonach Marcellus mit dem den socii eingeräumten jus prohibendi die actio negatoria gemeint hat, trifft den Juristen nicht blos der Vorwurf, daß er auf die dritte der von ihm aufgeworfenen Fragen gar nicht antwortet, sondern es bleibt danach auch unerklärlich, wie die in andern Stellen hierauf gegebene Antwort dahin lauten kann, daß in diesem Fall der socius keine Klage gegen den andern haben solle. Es läßt sich hiernach ein Argument für die Ansicht, der socius könne sein jus prohibendi dem andern socius gegenüber mit der actio negatoria geltend machen, aus der l. 11. cit. nicht entnehmen, vielmehr dient dieselbe zur Bestätigung unserer obigen Behauptung, daß dieses jus prohibendi nicht aus dem Eigenthum an sich hervorgehe, sondern nur eine einzelne

Anwendung des Satzes potior est causa prohibentis sei und deßhalb die actio negatoria zwischen Miteigenthümern nicht zustehe.

Einen weitern Beleg dafür bietet endlich noch l. 26. pr. cit. (Nr. 3.). Hier geht Paulus von dem Satz aus, daß keiner der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache eine Servitut haben kann, weßhalb keiner von ihnen jure servitutis neque facere quicquam invito altero neque prohibere quominus alter faciat potest. Die Gegner können die Erwähnung einer auf ein prohibere gerichteten Servitut nicht erklären. Bei ihrer Auffassung hat nur das Erwähnen der auf ein facere gerichteten Servitut einen Sinn, nämlich den: man könnte denken, daß der socius das Recht zum facere invito socio, das ihm nicht kraft seines Miteigenthums zusteht, sich als Servitut von seinem socius einräumen lassen könnte, dies ist jedoch deßhalb unzulässig quia nulli res sua servit. Das jus prohibendi aber soll nach der Ansicht der Gegner nicht wie das jus faciendi fehlen, sondern ihm kraft seines Miteigenthums zustehen: ist es da überhaupt möglich, daß Paulus an den Fall denkt, der socius lasse sich ein ihm schon infolge Miteigenthums zuständiges Recht noch besonders als Servitut einräumen? Bei unserer Ansicht hingegen ist Paulus vollkommen berechtigt, wenn er an diese Möglichkeit denkt: ein Miteigenthümer hat allein für sich weder ein Recht zum facere noch zum prohibere dem Andern gegenüber, da nur beide zusammen den Herrschaftswillen haben, nun könnte Jemand meinen, der socius könne sich durch eine Servitut vom andern ein selbständiges Recht zum facere oder prohibere einräumen lassen, und diesen Gedanken weist Paulus mit

Berufung auf den Grundsatz nulli res sua servit zurück. Daß dies wirklich des Paulus Meinung war, geht aus den auf jene Erörterung über das Unthunliche einer Servitutenbestellung folgenden Worten hervor. Er sagt nämlich, daß es aus diesem Grund wegen der häufigen Streitigkeiten meist zur Theilung komme: die Streitigkeiten und ihre Wirkung, die Auflösung der Gemeinschaft, werden aber nun offenbar nicht dadurch herbeigeführt, daß keine Servituten möglich sind, sondern dadurch, daß jeder socius durch den andern gebunden und gehindert ist, daß keiner einseitig dem andern gegenüber die Herrschaft ausüben kann, ein Uebelstand, dem auch durch Servituten nicht abzuhelfen ist. Und wenn dann der Jurist schließt: sed et per communi dividundo actionem consequitur socius quominus opus fiat etc., so zeigt das wieder, daß es eine actio negatoria zum Ausschluß des einseitig Eingreifenden nicht giebt.

Das Resultat ist demnach, daß socii gegen einander, so lange sie lediglich als socii in Betracht kommen, keine actio negatoria haben, sondern das ihnen allerdings zustehende Verhinderungsrecht nur entweder gerichtlich durch actio communi dividundo oder durch außergerichtliche Prohibition, deren Folge das interdictum quod vi aut clam ist, geltend machen können. Nichts anderes sagt aber unsere l. 3. §. 1. h. t., nur mit Anwendung auf die o. n. n. Da die o. n. n. zu ihrer Voraussetzung die Möglichkeit der actio negatoria hat, diese aber unter socii nicht zulässig ist, so kann der socius trotz seines jus prohibendi nicht nunciiren, sondern muß sich der anderen zum Schutz dieses Rechts gegebenen Rechtsmittel bedienen, und das sind eben das

judicium communi dividundo und das interdictum quod vi aut clam[89]).

89) Ueber die Bedeutung des prohibere per praetorem in l. 3. §. 1. und 2. h. t. ist Streit. Vgl. Stölzel S. 68. ff. Der Ausdruck bezeichnet an sich allgemein die Erlassung eines Interdicts, denn dies ist die Art, wie der Prätor im einzelnen Fall prohibirt. Denkbar wäre also auch das Auswirken eines interd. uti possid., wie dies denn auch Manche annehmen (s. auch l. 5. §. 10. h. t.). Dagegen spricht aber, wie Stölzel mit Recht bemerkt, daß das interd. uti possid. objectiv in viel engeren Grenzen wirksam ist als die o. n. n. und daß sich daher Ulpian sehr incorrect ausgedrückt haben würde, wenn er dieses Interdict und die act. comm. divid. als genügende Ersatzmittel für die o. n. n. bezeichnet hätte. Das interd. quod vi aut clam hingegen ist in der That das Rechtsmittel, welches neben der act. comm. divid. die o. n. n. entbehrlich erscheinen läßt. Für diese Beziehung des prohibere per praetorem auf das interd. quod vi aut clam spricht auch der Umstand, daß Ulpian mit der kurzen Andeutung anderer zuständiger Rechtsmittel offenbar nichts anderes sagen wollte, als was die Hauptstelle über das rechtliche Verhältniß der Miteigenthümer bei einseitigem Vorgehen des einen, die l. 28. comm. div., enthält, und in dieser ist neben der act. comm. divid. lediglich vom interd. quod vi aut clam die Rede. Vgl. auch l. 6. §. 1. si serv. vind. (prohibere civili actione et interd. quod vi aut clam). Uebrigens ist diese Controverse für unsere Frage irrelevant. Mag man das prohibere per praetorem auffassen wie man will, jedenfalls steht fest, daß der socius dem andern nicht nunciiren kann, weil er das ihm allerdings zustehende jus prohibendi gegen bauliche Veränderungen nicht mit der actio negatoria, sondern nur auf andere Weise geltend machen kann.

24. Damit ist für die Unzulässigkeit der o. n. n. unter socii in dem Fall, wo die socii lediglich als solche in Betracht kommen — indem der eine auf der res communis eine bauliche Anlage macht, die der andere als Miteigenthümer nicht gestatten will — ein vollkommen genügender Grund gefunden. Schwierigkeiten macht aber noch der §. 2. der l. 3. cit. Hier spricht Ulpian von dem Fall, wo der eine Miteigenthümer des gemeinsamen Grundstücks, auf dem vom andern gebaut wird, zugleich Alleineigenthümer eines andern durch den Bau beeinträchtigten Grundstücks ist. Auch in diesem Fall soll nicht nunciirt werden können und doch liegt hier auf den ersten Blick die Sache ganz anders als in dem ersten Fall: denn an sich kann der Alleineigenthümer wegen der Beeinträchtigung seines Grundstücks unzweifelhaft mit der actio negatoria klagen und demnach auch nunciiren. Die Schwierigkeit wird noch vergrößert, wenn wir die Stelle in's Auge fassen, die sich speciell und ausführlich mit dem Fall beschäftigt, wenn einer der socii zugleich Alleineigenthümer ist, die oben citirte (Nr. 4.) l. 27. pr. de S. P. U.

Pomponius bespricht zwei Fälle. 1) Ich habe mit dir zusammen das Miteigenthum an einem Hause, bin aber zugleich auch Eigenthümer eines mir allein gehörigen Hauses. Wenn du nun einseitig aus dem gemeinschaftlichen Hause etwas in das in meinem Alleineigenthum stehende Haus immittirt hast, so kann ich gegen dich klagen oder auch das widerrechtlich Gemachte zerstören[90]). Die mir zustehende Klage ist die actio negatoria wegen

90) Ueber die Bedeutung von rem perdere vgl. Glück Commentar Bd. X. S. 76. A. 73.

Beeinträchtigung meines Alleineigenthums, und da sie in diesem Fall sogar auf Wegnahme des Gebauten geht, so muß sie mir auch dann zustehen, wenn du mit der Immission blos beginnst, also um das Immittiren zu verhindern, und dann muß ich selbstverständlich auch die o. n. n. als provisorisches Schutzmittel haben. 2) Du hast neben dem dir mit mir zusammen zustehenden Miteigenthum an einem Hause noch ein anderes Haus im Alleineigenthum. Wenn du hier in derselben Weise aus dem letzteren etwas in unser gemeinschaftliches Haus projicirst, so ist es ebenso, denn hier kann ich allein die Klage gegen dich anstellen. Die Klage ist auch hier die actio negatoria, aber hier wegen Beeinträchtigung des Miteigenthums. Folglich muß, ganz so wie das eben für den ersten Fall ausgeführt wurde, die actio negatoria auch zur Verhinderung dieses Eingriffs zulässig sein, demnach mir aber auch die Befugniß zur o. n. n. eingeräumt werden.

Wie bringen wir diese Sätze in Einklang mit den bis jetzt aufgestellten Grundsätzen über das Verhältniß der socii unter einander und mit der Bestimmung der l. 3. §. 2. h. t.? Der erste Fall widerspricht jenen Grundsätzen nicht, denn ich bin ja hier Alleineigenthümer des beeinträchtigten Hauses und als solcher in derselben Lage wie ein dritter, der nicht zugleich mit dem Beeinträchtigenden zusammen Miteigenthümer ist, kann also als extraneus negatorisch klagen. Versagt aber nicht Ulpian in l. 3. §. 2. h. t. gerade für diesen Fall die o. n. n. und, indem er nur das prohibere judicio communi dividundo und per praetorem zuläßt, die actio negatoria? Und was den zweiten Fall betrifft, wo der Alleineigenthümer etwas in die res communis

projicirt, spricht da Ulpian nicht auch ausdrücklich die o. n. n. ab und müssen wir da nicht selbst nach den früher aufgestellten Grundsätzen dem durch das Bauen des anderen beeinträchtigten Miteigenthümer zwar wohl ein Verhinderungsrecht einräumen, aber doch eine darauf gerichtete actio negatoria ebenso wie die actio negatoria auf Beseitigung des schon vollendeten opus versagen? Der Conflict scheint unlöslich und doch ist er es wohl nicht.

Der Grund für die Zulässigkeit der actio negatoria in den Fällen der l. 27. cit. liegt einfach darin, daß hier die Miteigenthümer nicht lediglich als solche in Betracht kommen, sondern einer von ihnen zugleich Alleineigenthümer und insofern in der rechtlichen Stellung eines dritten Nichtmiteigenthümers ist. Wenn in dem ersten Fall der l. 27. cit. mein socius mein Alleineigenthum beeinträchtigt durch eine vom gemeinsamen Haus ausgehende Immission in mein Haus, so klage ich gegen ihn auf Grund meines Alleineigenthums und der Umstand, daß ich socius bin, tritt in diesem Fall ganz zurück, ich bin als Kläger extraneus. Und wenn im zweiten Fall mein socius das Miteigenthum beeinträchtigt dadurch, daß er aus dem in seinem Alleineigenthum stehenden Haus etwas in das gemeinschaftliche Grundstück projicirt, so erscheint er als Beklagter als extraneus, er handelt hierbei nicht als socius, sondern als Alleineigenthümer, und wie gegen einen dritten Nichtsocius hier die actio negatoria zustehen würde, so geht sie auch gegen ihn, der hier als socius gar nicht in Betracht kommt. Einem Dritten gegenüber kann ich das Miteigenthum auch allein geltend machen und jeden Eingriff abwehren, indem ich zugleich das Interesse des so-

cius mitvertrete: hier natürlich, wo der Dritte doch zugleich socius ist, kann ich lediglich allein gegen ihn klagen, da ja sonst der andere zugleich Kläger und Beklagter sein würde (mihi soli tecum est actio). Also im ersten Fall erscheint der klagende, im zweiten der beklagte Alleineigenthümer als extraneus, und das zwischen dem Kläger und Beklagten bestehende Miteigenthumsverhältniß tritt zurück.

Wie vereinigt sich nun damit der Ausspruch in l. 3. §. 2. h. t.? Während l. 27. cit. dem socius, der Alleineigenthümer ist, und gegen den socius, der Alleineigenthümer ist, die actio negatoria und damit auch die o. n. n. gestattet, schließt Ulpian in l. 3. §. 2. cit. hier die o. n. n. und damit die actio negatoria aus! Es springt aber sofort in die Augen, daß dieser Ausschluß der o. n. n. in der letzten Stelle kein allgemeiner ist: Ulpian spricht nur von dem Fall, wenn dem Alleineigenthümer ein Nachtheil zugefügt wird, hingegen der Fall, wenn durch den Alleineigenthümer die res communis benachtheiligt wird, ist nicht erwähnt. Sollte das rein zufällig und auch in diesem letzteren Fall die o. n. n. und die actio negatoria zu versagen sein? Der durch die Bauthätigkeit des Alleineigenthümers beeinträchtigte socius hat nach l. 27. pr. cit. die actio negatoria: warum soll er da, wenn ihm dies Recht nicht ausdrücklich abgesprochen wird, nicht auch nunciiren können? Aber, kann man entgegnen, in l. 27. cit. ist doch auch dem Alleineigenthümer die actio negatoria gegen Beeinträchtigung seines Alleineigenthums durch den socius gestattet und in l. 3. §. 2. cit. sagt Ulpian von diesem Fall ausdrücklich, daß ihm hier die o. n. n. nicht zustehe. Wenn man jedoch die betreffenden Stellen

genauer betrachtet, zeigt sich ein Unterschied zwischen dem Fall der l. 27. und der l. 3. §. 2.: im ersteren handelt es sich um einen directen Eingriff des Bauenden in das räumliche Gebiet des Anderen, entweder des Alleineigenthümers oder des Miteigenthümers, in l. 3. §. 2. cit. aber um einen indirecten Eingriff in das Gebiet des Alleineigenthümers und vorwiegend um eine Beeinträchtigung der res communis, welche auf der res communis selbst von dem Miteigenthümer vorgenommen wird und die nur in ihren Wirkungen mittelbar dem Alleineigenthum des Andern schadet.

Hierin scheint der Grund für die Verschiedenheit der Entscheidungen zu liegen. In dem zweiten Fall der l. 27. cit., wo ex re tua etwas in rem communem projicirt ist, wo also der Alleineigenthümer als der Beklagte erscheint, kommt der Unterschied zwischen directem und indirectem Eingriff nicht in Betracht. Bei dieser Beeinträchtigung der res communis durch den Alleineigenthümer handelt derselbe gar nicht als socius, sondern als Alleineigenthümer, also ganz wie ein extraneus, indem er sich bei dieser seiner Bauthätigkeit, die er ex suis aedibus vornimmt, nicht etwa auf sein Recht als Miteigenthümer beruft. Und darum wird für diesen Fall die actio negatoria in l. 27. cit. gestattet und von Ulpian in l. 3. §. 2. h. t. die o. n. n. nicht ausdrücklich versagt. Wenn aber, wie im ersten Fall der l. 27. cit. und im Fall der l. 3. §. 2. h. t. der Miteigenthümer als solcher etwas das Alleineigenthum des Anderen Verletzendes macht, so läßt sich wohl eine Unterscheidung des directen und des indirecten Eingriffs in das Alleineigenthum rechtfertigen. An sich liegt hier bei beiden zugleich eine Beeinträchtigung des Miteigen-

thums wie des Alleineigenthums vor. Hier haben wir nun eine eigenthümliche Collision: als Alleineigenthümer und wegen Beeinträchtigung meines Alleineigenthums kann ich mit der actio negatoria gegen den Miteigenthümer klagen, und das würde zur Folge haben, daß dort das immissum aus meinem Alleineigenthum weggenommen, hier das in communi insula gemachte meinem Haus schädliche opus beseitigt werden muß; als Miteigenthümer und wegen Beeinträchtigung des Miteigenthums kann ich gegen meinen socius nicht negatorisch klagen, sondern habe nur das aus der Regel potior est causa prohib. fließende jus prohibendi. Kommt nun hier mehr die Stellung als Alleineigenthümer oder mehr die als Miteigenthümer in Betracht? Eine gewiß nicht unnatürliche Lösung dürfte es sein, wenn man dabei auf dasjenige Verhältniß sieht, welches durch den Eingriff am meisten verletzt ist. Ist das Alleineigenthum vorwiegend beeinträchtigt und tritt dem gegenüber die Verletzung des Miteigenthums in den Hintergrund, so klagt der Alleineigenthümer als solcher gegen den socius wie gegen einen extraneus. Das ist der Fall bei einem directen Eingriff des socius in mein Alleineigenthum durch Immission: die res communis wird durch ein solches immittere in meum vielleicht gar nicht beeinträchtigt oder es ist doch die Beeinträchtigung ganz verschwindend gegenüber der Beeinträchtigung meines Alleineigenthums. Tritt hingegen die Beeinträchtigung meines Alleineigenthums gegenüber der Beeinträchtigung der res communis zurück — wie dies der Fall ist, wenn mein socius gegen meinen Willen auf der res communis selbst in dem räumlichen Gebiet derselben einen Bau aufführt, der nur indirect mit seinen Wir-

kungen in mein Alleineigenthum herübergreift, wesentlich doch aber das Miteigenthumsgebiet verletzt —, so ist es wieder naturgemäß, daß auf die Beeinträchtigung des Miteigenthums das Hauptgewicht gelegt wird. Daher kommt in dem letzteren Fall der für das Verhältniß der socii als solcher geltende Grundsatz zur Anwendung, daß ich wegen derartiger Handlungen nur das aus der Regel potior est causa prohibentis hervorgehende jus prohibendi, also nicht das Recht zur actio negatoria und zur o. n. n. habe. Aus diesem Grund und in diesem Sinn gestattet l. 27. pr. cit. bei der immissio ex re communi in aedes meas die actio negatoria und damit die o. n. n., und spricht l. 3. §. 2. h. t. bei einem aedificare in loco communi, wodurch nur indirect auch meine propria insula einen Schaden erleidet, die actio negatoria und o. n. n. ab.[90a]).

§. 1671 d.

b. O. n. n. juris publici tuendi causa.

25. Ueber die Bedeutung dieser Nunciation herrscht Streit. Es fragt sich, welches das *jus publicum* ist, das geschützt werden soll, und welches die Fälle sind, in denen dieser Schutz zur Anwendung kommt.

Zur Entscheidung dieser Frage muß vor Allem auf die bereits früher citirte l. 1. §. 17. h. t. im

90a) Ueber die Gestaltung in dem Fall, wenn mehrere Nunciationsberechtigte, seien es Miteigenthümer oder Andere, z. B. Eigenthümer und Superficiar, Superficiar und Pfandgläubiger u. s. w. nunciiren, vgl. unten Ziff. 35. a. E.

Zusammenhang mit §. 16. eingegangen werden. Nachdem Ulpian in §. 16. die drei causae nunciationis angegeben, fährt er in §. 17. fort:

Nunciamus autem, quia jus aliquod prohibendi habemus: vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico vel in privato quid molitur: aut si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro vel in loco religioso, vel publico ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.

Wenn man blos auf die Worte sieht, so wäre es möglich, die Stelle so zu zerlegen: nunciamus quia jus aliquod prohibendi habemus 1) vel ut damni infecti caveatur nobis etc. 2) aut si quid contra leges etc. bis zum Schluß. Der Sinn würde dann der sein: wir nunciiren stets wegen eines Verhinderungsrechts und dies kann eine doppelte Veranlassung haben, entweder weil uns ein Schaden droht, gegen den wir durch Caution gesichert sein wollen, oder weil ein Bau gegen die Gesetze u. s. w. oder in sacro u. s. w. unternommen wird. In dieser Weise faßt das deutsche corpus juris unsere Stelle auf. Daß das ihr Sinn nicht sein kann, liegt auf der Hand. Das jus prohibendi zur alleinigen causa nunciandi machen und in dem die Forderung der cautio damni infecti begründenden Bauen sowie in dem Bauen contra leges oder in sacro u. s. w. nur die beiden Anwendungsfälle dieses jus prohibendi erblicken wollen heißt nichts anderes als die eine Art der o. n. n., die Ulpian im §. 16. an die Spitze stellt, die o. n. n. juris nostri conserv. c., ganz unterschlagen und Ulpian den Vorwurf machen,

daß er den Hauptfall der o. n. n. unberücksichtigt gelassen habe. Entsprechend dem dreifachen Zweck der Nunciation im §. 16. müssen wir auch hier im §. 17., wo die diesen Zwecken entsprechenden Gründe und Veranlassungen der Nunciation angegeben werden, eine Dreitheilung haben, deren erstes Glied eben das jus prohibendi bildet. Die Eintheilung ist daher nothwendig so zu machen: nunciamus 1) quia jus aliquod prohibendi habemus 2) vel ut damni infecti nobis caveatur — wo der dritte Grund einsetzt, werden wir gleich im Folgenden betrachten.

Daß in unserer Stelle eine solche Dreitheilung liegt und daß sich das jus prohibendi auf die o. n. n. jur. n. conserv. c. und der zweite Fall, ut damni infecti nobis caveatur, auf die o. n. n. damni depell. c. bezieht, ist auch sonst allgemein anerkannt. Der Streit dreht sich hauptsächlich um die Frage, wo das dritte Glied, welches der o. n. n. jur. publici tuendi c. entspricht, beginne. Es stehen sich hier zwei Hauptansichten gegenüber.

Nach der einen Ansicht schließt das zweite Glied mit ‚molitur' und beginnt das dritte mit ‚aut si quid etc.' [91]), nach der anderen gehören die Worte ‚aut si quid — fiet' noch zum zweiten Glied und der Anfang des dritten wird erst gebildet durch die Worte ‚vel in sacro etc.' [92]).

Die letztere Ansicht ist, wenn sie auch die Sache

91) So die Glosse, Donell. Comm. Francof. 1595. lib. XV. cap. 45. (p. 549.) Cujac. Opp. IX. 1178. 1179. 1180. Rudorff a. a. O. IV. 122.

92) So Bartolus ad h. l. Polis a. a. O. p. 27.

sehr vereinfacht, doch wegen sprachlicher und sachlicher Bedenken nicht haltbar. Nach ihr wäre die Eintheilung die: wir nunciiren 1) weil wir ein jus prohibendi haben, 2) aut ut damni infecti nobis caveatur wegen eines Baues in publico vel in privato aut si quid contra leges fiet, 3) vel in sacro. Dieses vel in sacro etc. würde in einer Weise nachhinken, daß schon deßhalb die Construction als sehr gewagt erscheint. Noch mehr aber sprechen sachliche Bedenken dagegen. Nach dieser Ansicht soll damni depell. causa in drei Fällen nunciirt werden können, nämlich wenn in publico, ferner wenn in privato, endlich wenn gegen die Baugesetze gebaut wird: der dritte Fall wäre aber den beiden anderen nicht coordinirt, da bei einem Verstoß gegen Baugesetze doch auch immer entweder in publico oder in privato gebaut wird. Sodann ist aber auch nicht einzusehen, warum dem durch einen Bau gegen die Baugesetze Beeinträchtigten gerade nur wegen des damnum infectum im technischen Sinn ein Schutz zu Theil werden soll und warum er nicht auch dann soll nunciiren können, wenn die baugesetzwidrige Anlage statt Schaden durch Einsturz zu drohen ihn in anderer Weise beeinträchtigt.

Es kann daher lediglich die Ansicht, daß der Anfang des dritten Gliedes bei den Worten aut si quid zu machen ist, für richtig gehalten werden. Unter den Vertretern dieser Ansicht sind aber wieder drei Meinungen zu unterscheiden: die der Glosse, die von Donell, Cujaz, Rudorff u. a., und die von Stölzel.

Die Meinung der Glosse läßt sich dahin wiedergeben. Dieser Satz umfaßt zwei Hauptfälle: 1) wenn

gegen die Gesetze oder die das Maaß der Gebäude betreffenden kaiserlichen Edicte etwas geschieht[93]), 2) wenn in sacro, publico etc. etwas geschieht. — Unter dem ersten Fall muß die Glosse, da diese Bestimmungen sich auf Bauten in publico wie in privato beziehen, natürlich diese beiden Fälle begreifen, so daß sie also die o. n. n. juris publ. t. c. für anwendbar hält, sowohl wenn in sacro, publico etc. überhaupt gebaut oder dabei gegen Baugesetze verstoßen wird, als auch wenn ein Bau in privato zuwider diesen Gesetzen vorgenommen wird.

Davon weicht die zweite Meinung von Donell u. s. w. ab. Auch sie unterscheidet zwei Hauptfälle: 1) wenn gegen die Gesetze etwas geschieht, 2) wenn in sacro, publico etc. etwas geschieht. Aber während die Glosse den ersten Fall gleichmäßig auf Bauten in publico und privato bezieht, beschränkt diese Meinung ihn ausdrücklich auf Bauten in privato, so daß danach die o. n. n. publ. jur. t. c. zulässig ist, wenn in privato gegen die Gesetze gebaut wird und wenn in sacro, publico etc. gebaut wird. Das beiden Ansichten Gemeinsame ist, daß bei baugesetzwidrigen Anlagen in privato die o. n. n. jur. publ. t. c. statthaft ist, und dadurch unterscheiden sich beide von der Ansicht des Bartolus, nach dem nur bei Bauten in sacro, publico etc. diese Nunciationsart Anwendung findet.

Nach Stölzel endlich (S. 145 ff.) müssen die beiden Momente im dritten Glied, das facere in pu-

93) Darunter versteht die Glosse die l. 13. fin. reg. 10. 1. und die Bestimmungen im T. C. de aedif. priv. 8. 10.

blico und das facere contra leges combinirt sein, so daß von der o. n. n. jur. publ. t. c. nur bei baugesetzwidrigen Anlagen in publico, nicht bei einem facere in publico überhaupt und auch nicht bei baugesetzwidrigen Anlagen in privato die Rede sein kann. Da aber Stölzel bei einem Bauen in publico nur dann die o. n. n. zuläßt, wenn dadurch gegen die Gesetze dergestalt verstoßen wird, daß auch ein prohibitorisches Interdict zulässig ist, und er andererseits diese Gesetze nicht von den in den römischen Gesetzen existirenden Bauvorschriften verstanden wissen will, so drängt sich die Frage auf, welche andern Vorschriften Ulpian in l. 1. §. 17. im Auge gehabt hat. Die Beantwortung dieser Frage ist der schwache Punct, an dem Stölzel's Ansicht scheitern muß. Es sollen das „die Gesetze u. s. w. sein, auf welche der Prätor in der Formel des interdictum ne quid in loco publ., Ulpian in l. 2. §. 10. 16. D. 43. 8., Paulus in l. 8. §. 3. h. t., Pomponius in l. 2. de flum., Ulpian in l. 9. §. 1. de div. rer. hindeute; alle derartigen Anlagen hätten einer legislatorischen Genehmigung bedurft, die häufig oder vielleicht regelmäßig den speciellen Bauplan (modum aedificiorum) mit umfaßt habe" (S. 158). Betrachten wir diese leges, auf die von den römischen Juristen hingewiesen wird. In der die Formel des interd. ne quid in loco publ. enthaltenden l. 2. pr. D. 43. 8. wird in den Worten praeterquam quod lege senatusconsulto edicto decretove principum tibi concessum est eine Ausnahme von dem Interdict aufgestellt: es soll nicht zustehen, wenn durch Gesetz u. s. w. die Concession zu der Handlung gegeben ist. Diese Concession ist eine speciell für den einzelnen Fall ertheilte, die wohl auch in Form eines

Gesetzes gegeben wurde. Nun heißt es aber in l. 1. §. 17. h. t.: si quid contra leges edictave principum, quae ad modum aedificiorum *facta sunt*, fiet, es ist also von allgemeinen Bestimmungen die Rede, die nicht erst für den concreten Fall einem Privaten eine Concession ertheilen, sondern die ein für allemal feststehen. Wie kann also diese Stelle auf die specielle Concession, wie sie in l. 2. pr. cit. erwähnt ist, bezogen werden? Und wie könnte es heißen: si quid *contra* leges fiat, da doch die in l. 2. pr. genannten leges gerade eine Erlaubniß für den Bauenden, nicht eine Beschränkung desselben enthalten? Das interd. ne quid in loco publ. ist begründet, wenn in publico gebaut wird, nicht erst dann, wenn gegen die Gesetze gebaut wird, es ist nicht etwa das Verstoßen gegen die Gesetze Voraussetzung des Interdicts, sondern es ist vielmehr eine Ausnahme von der Zulässigkeit desselben aufgestellt für den Fall, wenn das Bauen durch Gesetze speciell gestattet ist. Stölzel sieht sich daher gezwungen, die l. 1. §. 17. von einer Uebertretung der Concession zu verstehen und das ist offenbar unrichtig[94]).

Welches ist der wahre Sinn des mit aut si quid beginnenden Satzes? Er umfaßt zwei Fälle: eine o. n. n., deren causa das tueri des jus publicum ist, findet statt 1) bei einem *in privato* vorgenommenen opus, wenn dasselbe gegen die Baugesetze verstößt, 2) bei einem *in loco publico*, *religioso*, *sacro* unternommenen Bau, mag das nun mit oder ohne Beobachtung der Baugesetze geschehen sein. Nur auf den

94) Dieser Irrthum treibt ihn zu weiteren gezwungenen Auslegungen, vgl. S. 158.

zweiten Fall beziehen sich die Interdicte, die Ulpian am Schluß des §. 17. erwähnt, denn daß es Interdicte gegen Beeinträchtigungen durch einen in privato gegen die Baugesetze vorgenommenen Bau gegeben habe, davon ist uns nichts bekannt. Es ist das also im Wesentlichen die Ansicht des Donell u. s. w., die allerdings einer anderen Begründung bedarf. Der Einwand von Stölzel, daß die o. n. n. jur. publ. t. c. von Jedem aus dem Volk habe angestellt werden können, der Nachweis aber, daß die Wahrnng solcher Baugesetze bei Anlagen in privato Jedem aus dem Volk obgelegen habe oder gestattet gewesen sei, nicht erbracht werden könne, wird sich dann von selbst erledigen.

Wie läßt es sich rechtfertigen, daß auch der erste Fall, Verstoß gegen die Baugesetze durch einen Bau in *privato* zur o. n. n. jur. *publici* t. c. gerechnet wird? Einfach dadurch, daß, wenn auch durch diese Bestimmungen das Privatinteresse gewahrt wurde, der für den Einzelnen daraus hervorgehende Vortheil sich doch immer als ein Ausfluß des jus publicum betrachten ließ. Es ist das ganz ähnlich wie in dem Fall, wo das interd. ne quid in loco publ. begründet ist: wenn auch die Voraussetzung für dieses Interdict ein facere in loco publico ist, so handelt es sich doch, da das Interdict nur dem durch diese Thätigkeit Benachtheiligten zusteht, vorwiegend um das Interesse des Einzelnen, und trotzdem fällt das unter den Begriff des jus publicum. Wenn nun auch, wie wir im Folgenden sehen werden, zwischen jener o. n. n. und diesem Interdict noch ein Unterschied besteht, so tritt doch auch bei jener der Umstand, daß dadurch wesentlich für den Privatvortheil gesorgt ist, wenigstens insoweit zurück, daß

Ulpian auch das Bauen in privato gegen die Baugesetze mit unter das jus publicum tueri subsumiren konnte, ohne daß daraus aber weitere Consequenzen und materielle Rechtsfolgen hervorgingen.

Der Fehler der bisherigen Erklärungen liegt nämlich darin, daß man in dem Ausspruch Ulpian's über die causae nunciandi so fest abgeschlossene Begriffe fand, wie wir sie heutzutage mit den Ausdrücken o. n. n. jur. n. conserv. c., damni depell. c. und jur. publici t. c. zu verbinden gewohnt sind. Wir stellen z. B. den Satz auf: bei der o. n. n. jur. publ. t. c. können omnes cives nunciiren und es braucht dabei blos repromissio geleistet zu werden, oder den Satz: die o. n. n. jur. n. conserv. c. findet statt, wenn die Substanz des Grundstücks oder ein demselben zustehendes Recht beeinträchtigt wird. Das hat dogmatisch und systematisch seine Berechtigung, aber wir dürfen diese Auffassung nicht ohne Weiteres den römischen Juristen unterlegen. Ulpian sagt z. B. nicht: jur. publ. t. c. omnes cives o. n. nunciare possunt, sondern si in publico aliquid fiat etc. (l. 3. §. 4. h. t.), und ebenso sagt Paulus nur: contra leges in publico (l. 8. §. 3. eod.)[95]), und bei Erörterung der causa juris nostri conservandi hat Ulpian nicht alle Fälle der o. n. n. jur. n. conserv. c. im Auge, sondern nur den Hauptfall, wenn durch das Bauen des Unternehmers in suo ein Servitutrecht des Nunciaten verletzt wird. Den Beweis für letzteres liefert die l. 5. §. 8—10 h. t. In l. 5. §. 8. sagt Ulpian: sed et si in aedes nostras quid immittat etc.; also auch in diesem Fall, den er

95) Vgl. das Nähere darüber im Folgenden.

bis dahin nicht berücksichtigt oder nicht betont hat, soll die o. n. n. zulässig sein und daher billigt er die Eintheilung des *Pedius* in §. 9., die auch diesen Fall mitumfaßt, aber er fügt gleich in §. 10. — gewissermaßen zu seiner Rechtfertigung, daß er bis dahin diesen Fall außer Acht gelassen — die Warnung hinzu, daß man hier besser von der o. n. n. keinen Gebrauch mache. Da hiernach Ulpian erst in §. 8. der l. 5. auf das Bauen in nostro kommt als etwas Neues, einen weiteren Fall, wo die o. n. n. auch anwendbar sei, so läßt sich der Schluß mit Sicherheit ziehen, daß er in l. 1. §. 16. 17., als er von der o. n. n. juris n. conserv. c. und dem jus prohibendi sprach, lediglich den einen Hauptfall, die Nunciation wegen Verletzung eines Servitutrechts, im Auge hatte. Ist das aber richtig, so konnte er die Verletzung des Eigenthums durch Verstoß gegen die Baugesetze nicht unter die Kategorie jus nostrum conservare stellen, indem dann der Gesichtspunkt des jus publicum tueri offenbar überwog.

Daß aber dieser Gesichtspunct nicht der einzig mögliche war, zeigt die Anschauung des Pedius in l. 5. §. 9. h. t. Es läßt sich nämlich auch der andere Gesichtspunct rechtfertigen, daß es sich hier, wo vorwiegend das Privatinteresse berücksichtigt ist und das Eigenthum des Nachbars durch die Beschränkung des anderen gewissermaßen erweitert erscheint und durch das Zuwiderhandeln eine Beeinträchtigung erleidet, um ein Privatrecht und dessen Schutz, um ein jus nostrum conservare handelt, wenn auch die Bestimmung, wodurch diese Erweiterung des Eigenthums herbeigeführt ist, das jus publicum zu seiner Quelle hat. Und dieser letztere Gesichtspunct ist hier unter Billigung Ulpian's von

Pedius betont. Zugleich beweist aber doch die Terminologie des Pedius, daß auch ihm der erstere Gesichtspunct nicht fremd ist, indem er diesen Fall als causa *publica* bezeichnet[96]). Unter dieser causa publica kann, da Pedius von einem Bauen in loco publico, sacro, religioso hier nicht spricht, nichts anderes verstanden werden, als ein Bauen in privato gegen baugesetzliche und ähnliche Bestimmungen. Und doch bezeichnet Pedius diesen Fall, obgleich er es als ein Privatrecht ansieht, ganz in derselben Weise, wie Ulpian: es ist eine causa publica, indem wir nämlich die leges etc. tuemur.

Damit hat das dritte Glied der l. 1. §. 17. seine Erklärung gefunden. Es umfaßt wirklich, wie die Glosse und Donell meinen, zwei Fälle, das Bauen in privato gegen Baugesetze und das Bauen in loco publico, sacro, religioso, und es hat, wie wir gesehen haben, seine Berechtigung, wenn der erste Fall mit zur o. n. n. jur. publ. t. c. gerechnet wird. Aber der Gesichtspunct, der dies rechtfertigt, ist nur ein formeller, practische Consequenzen dürfen aus dieser Zusammenfassung beider Fälle unter einen Begriff nicht abgeleitet werden: materiell bildet doch in Wahrheit das Bauen in loco publico u. s. w. eine selbständige Classe mit besonderen Grundsätzen, und das Bauen in privato gegen Baugesetze ist, wenn auch aus formellen Gründen von Ulpian in l. 1. §. 17. zur o. n. n. juris publici t. c. gestellt, doch eine o. n. n. juris nostri conserv. c.,

96) Daß die triplex causa des Pedius sich nur auf die o. n. n. jur. n. conserv. c. bezieht, ist früher ausgeführt worden. Vgl. oben Ziff. 16.

indem der Nunciant ein ihm nicht als Mitglied des populus gegen Jeden, sondern als Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks gegen den Eigenthümer eines benachbarten Grundstücks zustehendes Recht conservirt. Es kommen daher für diesen letzteren Fall lediglich die Grundsätze der o. n. n. jur. nostri conserv. c. zur Anwendung: nicht quilibet ex populo kann nunciiren und der Nunciat hat nicht blos repromissio, sondern satisdatio zu leisten, hat aber dafür auch die durch das interdictum ne vis fiat aedificanti geschützte Befugniß, nach geleisteter satisdatio mit dem Bau fortzufahren. Nur für das Bauen in loco publico etc. gilt der Satz, daß omnes cives nunciiren können, daß der Nunciant mit repromissio zufrieden sein muß und daß der Nunciat trotz der repromissio nicht die Erlaubniß erhält, vor Feststellung seines Rechts das opus fortzusetzen. Hiernach trifft der Einwand, den Stölzel (S. 146.) der Ansicht von Donell gegenüber allerdings mit Recht macht — daß nämlich, da Jeder ex populo das Recht hat, ex causa publica zu nunciiren, auch die Wahrung solcher Baugesetze bei Anlagen in privato Jedem ex populo obgelegen haben oder gestattet gewesen sein müsse, während man doch nach einer hierauf abzielenden Popularklage sich vergebens umsehe und das römische Recht eine solche nur kenne, wenn eine Beeinträchtigung in loco publico, sacro oder religioso in Frage stehe — unsere Auffassung nicht. Es ist vollkommen richtig, daß es hier eine Popularklage nicht giebt, sondern nur der durch die baugesetzwidrige Anlage in privato speciell Verletzte klagen und daher auch nur von der o. n. n. jur. n. conserv. c. des betreffenden Verletzten, nicht von einer Nunciation jur. publ. t. c.

cujusvis ex populo die Rede sein kann. Aber darum ist doch, wie oben ausgeführt, der Gesichtspunct Ulpian's, der in l. 1. §. 17. diesen Fall wirklich zur o. n. n. jur. publ. t. c. stellt, nicht ungerechtfertigt. Nur materielle Consequenzen lassen sich daraus nicht ableiten. Daß das auch die Ansicht der römischen Juristen ist, zeigt sich darin, daß überall, wo von besonderen Grundsätzen der o. n. n. publici jur. t. c. die Rede ist, stets nur das Bauen in publico, niemals das Bauen in privato contra leges erwähnt wird. So sagt Ulpian in l. 3. §. 4. h. t. nicht: jur. publ. t. c. omnes cives nunciare possunt, sondern si in publico aliquid fiat, omnes etc. und Paulus in l. 8. §. 3. eod.: quod si nunciavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debeo. Dies ist eine Bestätigung für unsere Ansicht, daß, wenn auch die beiden Fälle aus formellen Gründen unter einen Gesichtspunct subsumirt sind, doch nur die o. n. n. wegen Bauten in publico eine besondere Classe mit besonderen Grundsätzen bildet.

Da hiernach von den römischen Juristen, wenigstens von Ulpian, der Ausdruck o. n. n. jur. publ. t. c. in verschiedener Bedeutung gebraucht wird, so müssen wir unterscheiden: verstehen wir ihn wie Ulpian in l. 1. §. 17. in doppelter Bedeutung, einmal als o. n. n. bei Bauten in privato contra leges, sodann als o. n. n. bei Bauten in publico etc., so können die eigenthümlichen Bestimmungen, daß omnes cives nunciiren können, daß der Nunciant repromissione contentus sein muß u. s. w., nur auf den zweiten Fall angewandt

werden, während der erste Fall nach den materiellen Grundsätzen der o. n. n. jur. n. conserv. c. behandelt werden muß; verstehen wir den Ausdruck aber, wie es heutzutage geschieht, als einen technischen gegenüber den beiden anderen Arten fest abgeschlossenen Begriff mit besonderen eigenthümlichen Grundsätzen, die schon aus dem blosen Namen sich mit nothwendiger Consequenz ergeben sollen, so kann der erste Fall, das Bauen in privato contra leges, nicht hierher, sondern nur zur o. n. n. jur. n. conserv. c. gerechnet werden.

26. Nehmen wir nun die o. n. n. jur. publ. t. c. in der letzteren Bedeutung, so sind die Fälle noch näher zu betrachten, in welchen dieselbe Platz greift. Ulpian nennt in l. 1. §. 17. h. t. den locus sacer, religiosus, publicus und die ripa fluminis, und sagt am Schluß: quibus ex causis et interdicta proponuntur. Da also diese o. n. n. in den Fällen zulässig ist, in welchen auch Interdicte zum Schutz des locus sacer etc. gegeben sind, so müssen wir zunächst die desfallsigen Interdicte in's Auge fassen, natürlich nur diejenigen, bei welchen es sich um ein opus novum nondum factum im Sinn des Edicts handelt.

Zum Schutz des locus *sacer* giebt es nur ein allgemeines prohibitorisches Interdict: in loco sacro facere inve eum immittere quid veto (l. 1. D. 43. 6.). Statt der Auswirkung des Interdicts kann sofort nunciirt werden, und wie Jeder aus dem Volk zum Interdict berechtigt ist, so auch zur Nunciation. Es ist ein reines interdictum populare und nach den bei diesen geltenden Grundsätzen zu behandeln. Ein Privatinteresse ist hier der Natur des Orts nach nicht denkbar. —

Dasselbe Interdict wird nach l. 2. eod. auch anwendbar sein, wo es sich um eine res sancta handelt.

In Bezug auf den locus *religiosus* findet sich ein solches generelles Interdict wie beim locus sacer nicht ausdrücklich erwähnt. An den Schutz des jus sepulcri durch das interdictum de mortuo inferendo und de sepulcro aedificando darf man nicht denken, einmal weil es sich hier nicht eigentlich um ein jus publicum, sondern um das doch mehr privatrechtliche jus sepulcri handelt, sodann aber weil nach dem Wortlaut dieser Interdictsformulare offenbar gar nicht an eine Verhinderung durch ein opus novum gedacht ist und keines von beiden eine bauliche Thätigkeit hindern will, was doch der Zweck der o. n. n. ist. Aus denselben Gründen kann Ulpian nicht die actio sepulcri violati im Sinn gehabt haben, um so weniger, als hier eine actio in Frage steht, während er in l. 1. §. 17. von interdicta spricht. Es bleibt demnach nichts übrig, als ein dem interd. ne quid in loco sacro analoges interd. ne quid in loco religioso anzunehmen, zu welchem auch in der That dasselbe Bedürfniß vorlag wie zu jenem. Auch spricht Ulpian in l. 1. §. 1. h. t. von einem restitutorischen Interdict ne quid in loco sacro religiosove, und der Schluß von der Existenz eines restitutorischen auf die eines prohibitorischen Interdicts ist sicher zulässig, zumal hier, wo dem restitutorischen interd. ne quid in loco sacro ein prohibitorisches entspricht.

Offenbar den wichtigsten und häufigsten Fall, der darum auch in den späteren Stellen (l. 3. §. 4. l. 8. §. 3. h. t.) ausschließlich erwähnt wird, bildet die Beeinträchtigung des *locus publicus* bezüglich der res pu-

blicae[97]). Zum Schutz dieser res publicae und des usus publicus daran giebt es zwei Classen von Inter-

97) Auf die Streitfrage, ob unter locus publ. jeder dem öffentlichen Gebrauch bestimmte Ort zu verstehen sei, gleichviel ob derselbe Privat- oder Staatseigenthum ist, oder ob zum Begriff des locus publ. eine im Staatseigenthum befindliche, dem öffentlichen Gebrauch dienende Sache gehöre, brauchen wir für unsere Erörterung nicht näher einzugehen (vgl. darüber einerseits Reinhardt civ. Arch. Bd. 32. S. 201, andererseits Unterholzner Schuldverh. II. S. 154. Heimbach im Rechtslex. V. S. 591.). Abgesehen von der weiteren Frage, ob das Recht an den res publ. publico usui destinatae wirklich als Eigenthum des Staats an diesen Sachen aufzufassen ist, dürfte sich aus dem T. D. 43. 8. ergeben, daß die letztere Ansicht, wonach der Begriff des locus publ. bei einer dem öffentlichen Gebrauch dienenden, aber im Privateigenthum stehenden Sache ausgeschlossen sein soll, nicht richtig ist. Allerdings werden unter loca publ. ohne nähere Bezeichnung gewöhnlich die nicht im Privateigenthum stehenden öffentlichen Plätze, Wege, Flüsse u. s. w. verstanden, wie denn auch Ulpian in l. 2. §. 2. D. 43. 8. den loca publ. ohne Weiteres das Prädicat beilegt, daß sie utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque. Wenn dann aber in l. 2. §. 4. eod. gesagt wird, daß das interd. ne quid in loco publ. auf die zum patrimonium fisci gehörigen loca deßhalb sich nicht beziehe, weil in his neque facere quicquam neque prohibere privatus potest, und wenn nach dieser ausdrücklichen Ausschließung der res fiscales im §. 5. fortgefahren wird: ad ea igitur loca hoc interdictum pertinet quae publico usui destinata sunt, so liegt darin doch wohl, daß das characteristische Moment für

dicten: generelle Interdicte für alle res publicae und specielle Interdicte für bestimmte Arten dieser Sachen.

den locus publ. die Bestimmung für den öffentlichen Gebrauch ist, wie denn auch Stölzel, der der entgegengesetzten Ansicht ist, anerkennt (S. 150.), daß das interd. de via publ. auch auf die Privat- und Landwege Bezug habe. Für diese seine entgegengesetzte Ansicht beruft sich Stölzel auf die hinsichtlich des mare und der litora maris bestehenden Bestimmungen: in l. 2. §. 8. D. 43. 8. werde das interd. ne quid in loco publ. in Beziehung auf einen in's Meer hinein angelegten Damm ein interd. utile genannt, eben weil das Meer keine res publ., sondern res communis omnium usui publ. destinata sei, und ebenso folge aus l. 1. §. 18. h. t. die Einschränkung des Interdicts auf die loca als Staatseigenthum, denn wenn es gegen Bauten in mare oder in litore ohne Weiteres dieses Interdict gäbe, so müsse es in diesen Fällen auch eine o. n. n. jur. publ. t. c. geben, während doch Ulpian ausschließlich die o. n. n. damni depell. c. gestatte. Daß das letztere Argument nicht stichhaltig ist, werden wir gleich im Folgenden bei Erörterung des Inhalts der l. 1. §. 18. h. t. sehen; aber auch das erstere ist nicht beweisend: der Grund dafür, daß beim Bauen am Meer oder in's Meer hinein nicht das interd. directum gegeben wird, liegt nicht darin, weil Meer und Meeresufer nicht im Staatseigenthum stehen — sonst dürfte auch bei Privatwegen und ripa fluminis kein directes Interdict gegeben sein —, sondern weil man vom Meer und Meeresufer eigentlich nicht sagen kann, daß sie publico usui destinata seien, so wenig wie sich das von der Luft sagen läßt; sie sind von Natur res communes omnium, nicht erst durch staatliche Anordnung dem öffentlichen Gebrauch bestimmt (l. 3. §. 1. ne quid in l. publ. 43. 8.).

So weit diese Interdicte nach der früheren Bemerkung überhaupt hierher gehören, wird die erste Classe gebildet durch das interd. ne quid in loco publico, die zweite durch ein prohibitorisches Interdict zur Verhinderung unerlaubter Vorrichtungen auf oder an öffentlichen Wegen, ferner für öffentliche Flüsse und Flußufer bei unerlaubten Vorrichtungen durch ein prohibitorisches Interdict gegen Beeinträchtigung der Schifffahrt und gegen Aenderung des Wasserlaufs, und endlich für öffentliche Cloaken ein prohibitorisches Interdict zur Verhinderung unerlaubter Vorrichtungen [98]). Es sind das die Fälle, in denen auch die o. n. n. zulässig ist.

Zwischen jenem generellen Interdict und den verschiedenen speciellen Interdicten besteht nun ein wesentlicher Unterschied in Bezug auf die Person des Klagberechtigten: die letzteren sind interdicta popularia im eigentlichen Sinn, ersteres ist ein interdictum privatum. Alle die speciellen Interdicte setzen kein persönliches Interesse des Auswirkenden voraus, Jeder aus dem Volk kann dieselben anstellen und es gelten bei ihnen ganz dieselben Grundsätze wie bei den actiones populares [99]). Anders bei dem generellen interd. ne quid in loco publico. Hier verfolgt — wie dies aus der Formel des Interdicts ‚qua ex re quid illi damnum detur' sowie aus den weiteren Ausführungen des T. D. 43. 8.

98) Vgl. Bruns Zeitschr. f. Rechtsgesch. III. 388 ff.

99) So z. B. daß regelmäßig ein Procurator bei Impetrirung des Interdicts unzulässig ist und daß der Beklagte nach Durchführung des Interdicts eine exc. rei judic. gegen Jedermann hat, vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 132.

mit Evidenz hervorgeht — der Kläger lediglich sein persönliches Interesse, und überall, wo das der Fall ist, wo also das persönliche Interesse des Klägers wirklich die Voraussetzung für die Anstellung des Interdicts bildet, ist das Interdict kein populare, sondern ein privatum, und die eigenthümlichen Grundsätze der Popularklagen kommen nicht zur Anwendung. Wenn es in l. 2. §. 2. D. 43. 8. heißt: tam publicis utilitatibus quam privatorum per hoc prospicitur, so kann daraus ein Beweis für den popularen Character unseres Interdicts nicht entnommen werden, da ein privates Interdict sehr wohl dem öffentlichen Nutzen mittelbar dienen kann[100]). Ein privates Interdict wird dadurch, daß es zugleich der publica utilitas dient, so wenig zu einem popularen, wie die popularen Interdicte dadnrch zu privaten werden, daß bei ihnen zugleich das persönliche Interesse mitverfolgt werden kann. Das characteristische Unterscheidungsmerkmal für interdicta popularia und privata ist einfach das, ob voraussetzungslos Jeder aus dem Volk lediglich wegen der Gemeinschädlichkeit der Handlung klagen kann oder ob in der Person des Klägers eine diesem selbst zugefügte Verletzung vorausgesetzt wird. Und letzteres ist bei dem interd. ne quid in loco publ. der Fall.

Wenn aber somit dieses Interdict nicht zu den popularen gehört und nur der in seinem Privatinteresse Beeinträchtigte klagen kann, wie vereinigt sich damit der

100) So ist das interd. de loco publ. fruendo anerkannt ein interd. privatum und doch heißt es von ihm in l. 1. §. 1. D. 43. 9.: interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est. Vgl. Schmidt Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XV. S. 73. A. 33.

Ausspruch in l. 3. §. 4. h. t.: si in publico aliquid fiat, omnes cives o. n. nunciare possunt? Um eine Eigenthümlichkeit der o. n. n. kann es sich nicht handeln, da die Person des zur Nunciation Berechtigten sich nach der Person des zu der im Hintergrund stehenden Klage Berechtigten richtet. Die Erklärung liegt vielmehr in Folgendem.

Mit den Ausdrücken ‚cuivis ex populo hoc interdictum competit, omnibus dabitur, cuilibet in publico petere permittendum est, quolibet postulante interdicendum est‘ ist keineswegs immer dieselbe Bedeutung verbunden. Es kommt diese Bezeichnung vielmehr sowohl in solchen Fällen vor, die wir eben eigentliche Popularinterdicte genannt haben — nämlich wenn Jeder aus dem Volk klagberechtigt ist, ohne daß irgend eine weitere Voraussetzung in seiner Person vorhanden zu sein braucht — als auch in solchen Fällen, wo zwar auch der Kläger überhaupt erst durch seine Eigenschaft als Mitglied des populus die Möglichkeit der Klage erhält, aber doch diese Eigenschaft allein nicht genügt, sondern erst das Hinzukommen eines weiteren Moments, wie z. B. die Verletzung eines persönlichen Interesses, die Befugniß zur Klaganstellung im concreten Fall begründet. Weil doch aber im letzteren Fall durch den Ausdruck quilibet ex populo der Klagberechtigte ebenso generell bestimmt wird, wie im ersten, so hat man wohl auch im letzteren von Popularklagen gesprochen und danach überhaupt zwei Arten von Popularklagen, im eigentlichen und uneigentlichen Sinn, unterschieden, je nachdem ein und dasselbe Factum als solches eine Klage für Jedermann begründet oder ein Factum als solches blos einer bestimmten Person die Klagbefugniß giebt und nur möglicherweise das Factum

bei jeder Person eintreten und die Klage begründen kann[1]). Die Interdicte der letzteren Art auch als populare zu betrachten hat insofern seine Berechtigung als die Klage auf einem allgemeinen Bürgerrecht beruht und wenn nicht hauptsächlich, so doch zugleich mit juris publici tuendi gratia eingeführt ist[2]). Darum kann man auch beim interd. ne quid in loco publ. von dem Rechte cujuslibet ex populo zur Anstellung desselben sprechen: obgleich gerade mit diesem Interdict vorwiegend das Privatinteresse verfolgt wird und in der Formel ausdrücklich dieses Privatinteresse als Voraussetzung für die Zuständigkeit desselben hervorgehoben wird, so wird doch das Recht eines Jeden aus dem Volk, im öffentlichen Interesse Privatzueignungen des öffentlichen Bodens zu verbieten, auch hier als die eigentliche Grundlage des Interdicts angesehen. — Aber wenn auch jene beiden Arten von Popularinterdicten formell darin übereinstimmen, daß quilibet ex populo klagen kann, so bestimmt sich doch der Begriff des quilibet ex populo bei beiden verschieden.

Aus dem Gesagten erklärt es sich, daß die römischen Juristen einfach den Satz anführen, bei Bauten in publico könnten omnes cives nunciiren. Es war das für alle Fälle der Anwendbarkeit dieser Interdicte

1) Zu der letzteren Art gehört z. B. das Interdict zum Schutz der Reparatur eines Wegs: bei der Verhinderung einer solchen Reparatur steht nur dem Verhinderten das Interdict zu, aber diese Verhinderung kann einem jeden Bürger gegenüber eintreten und insofern hat quilibet ex populo das Interdict.

2) Vgl. Bruns a. a. O. S. 392.

zutreffend; einer weiteren Unterscheidung der verschiedenen Arten und einer Hervorhebung des bei den verschiedenen Arten verschiedenen Begriffs von omnes cives bedurfte es in der Lehre von der o. n. n., wo die ganze Nunciation juris publici t. c. überhaupt nur flüchtig berührt wird, nicht, da in der Lehre von den betreffenden Interdicten diese Verschiedenheit zur Sprache kommt. Aus dieser müssen wir also die Grundsätze der o. n. n. jur. publ. t. c. ergänzen und daher den allgemeinen Ausspruch si in publico aliquid fiat, omnes cives nunciare possunt näher dahin bestimmen, daß in dem Fall, wo das interd. ne quid in loco publ. anwendbar wäre, die o. n. n. nur von demjenigen ex populo vorgenommen werden kann, der durch das Bauen in publico als Privatmann einen Schaden erleidet, in den Fällen aber, wo das Interdict zum Schutz der via publica[3]), der cloaca publica und der flumina publica

3) Mit Unrecht leugnet Stölzel S. 152. bei der via publ. die Zulässigkeit der o. n. n. Sein Grund scheint zu sein, weil von leges, senatusconsulta und edicta, welche die fragliche Anlage gestatten, beim interd. ne quid in via publ. nicht die Rede sei. Es hängt das mit seiner früher verworfenen Ansicht über das Anwendungsgebiet der o. n. n. jur. publ. t. c. zusammen. Außer den früher dagegen angeführten Gründen spricht auch dieses Resultat gegen seine Interpretation der l. 1. §. 17., denn es ist in der That schon von vornherein nicht ersichtlich, warum bei einem den usus publ. hindernden Bau an oder auf einem öffentlichen Weg, welchen Falls doch ein Interdict gegeben ist, nicht auch die o. n. n. statthaft sein soll, und Ulpian selbst hat nicht nur in l. 1. §. 17. allgemein die Anwendbarkeit der o. n. n. für

begründet ist, wirklich allgemein quilibet ex populo ohne weitere Voraussetzung eines persönlichen privaten Interesses nunciiren kann.

Es kann, um diese Frage hier kurz zu berühren, auffallend erscheinen, daß neben dem generellen interd. ne quid in loco publ. noch das specielle interd. ne quid in via publ. gegeben ist, und daß ersteres nur von dem Beschädigten, letzteres aber von Jedem aus dem Volk angestellt werden kann. Der Umstand allein, daß jenes nur prohibitorisch, dieses zugleich restitutorisch ist, kann natürlich zur Erklärung nicht genügen. Wenn es gleich von Anfang an nur das generelle Interdict gegeben hätte, so würde es sich unzweifelhaft auf alle loca publica, wie sie Labeo in l. 2. §. 3. D. 43. 8. definirt, bezogen haben und dann gewiß nicht als ein blos prohibitorisches gegeben sein, da der gegen die restitutorische Form angeführte Satz ne urbs ruinis deformetur gegenüber der Nothwendigkeit des Schutzes des usus publ. dann nicht hätte geltend gemacht werden können. Es ist daher wohl anzunehmen, daß gleichzeitig neben dem interd. ne quid in loco publ. das interd. ne quid in via publ. aufgestellt worden ist und daß demnach ersteres trotz seiner generellen Fassung und des an sich weiteren Begriffs von locus publicus von Haus aus sich nur auf loca publica im Sinn von öffentlichen Plätzen und Gebäuden bezog. Dann erklärt es sich auch, daß die blose Beeinträchtigung des usus pu-

den Fall si quid in l. publ. fit unter Bezugnahme auf die in solchen Fällen auch zustehenden Interdicte anerkannt, sondern führt auch in l. 2 §. 3. D. 43. 8. die Definition des locus publ. von Labeo an, wonach dieser Begriff sich auch auf viae publ. bezieht.

blicus und das allgemeine Interesse eines Jeden aus dem Volk an der ungestörten Benutzung zur Anstellung dieses Interdicts nicht berechtigt. Bei öffentlichen Plätzen und Gebäuden tritt der Gesichtspunct der Benutzung durch Alle und des Interesses eines jeden Einzelnen an dieser Benutzung weniger hervor als bei öffentlichen Wegen, die zu benutzen täglich Jeder in die Lage kommen kann. Und doch soll nicht einmal bei allen öffentlichen Wegen das interd. ne quid in via publ. zulässig sein, nämlich nicht bei den viae urbanae, harum enim cura pertinet ad magistratus: also wo schon eine genügende Vorsorge für den Schutz gegen Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses getroffen ist, wie hier durch die Aufsicht der Magistrate, da fällt das Recht cujuslibet ex populo, den usus publicus zu wahren, hinweg. Bei Bauten in publico i. eng. S. ist aber das Interesse des einzelnen benachbarten Grundeigenthümers viel mehr im Spiel als das allgemeine Interesse an der Benutzung dieser Plätze und Gebäude, indem häufig durch solche Bauten diese Benutzung gar nicht wesentlich gehindert wird. Daher überläßt man in diesem Fall den Widerspruch gegen derartige Vorrichtungen dem Einzelnen, der daraus unmittelbar einen Schaden erleidet. Daß es aber in der That nicht die Beeinträchtigung des usus publicus, also des allgemeinen öffentlichen Interesses an der Benutzung solcher loca publica ist, wodurch das Recht zu diesem Interdict gegeben wird, geht deutlich aus l. 2. §. 17. D. 43. 8. hervor. Nachdem hier Ulpian in Gemäßheit des lediglich prohibitorischen Characters des Interdicts ausgesprochen hat, daß Derjenige, welcher nemine prohibente in publico aedificavit, nach vollendetem Bau nicht zum

Niederreißen des Gebauten mit diesem Interdict gezwungen werden könne, fährt er fort: si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere. (§. 18.) Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio judicis continetur, uti caveatur non fieri. Also wenn ein aedificium in publico wirklich einmal den usus publicus hindert — was aber keineswegs immer der Fall ist —, dann ist es nicht Sache des Einzelnen, den usus publicus zu wahren, sondern es ist die Sorge dafür wie bei den viae urbanae besonderen Behörden überlassen. Daraus rechtfertigt sich aber die obige Behauptung, daß der Gesichtspunct des Schutzes des usus publicus bei einer Bauthätigkeit in Bezug auf öffentliche Plätze und Gebäude überhaupt zurücktritt und der des Schutzes des Privatinteresses überwiegt. —

Was speciell die Interdicte für öffentliche Flüsse und Flußufer betrifft, so gelten hier dieselben Grundsätze wie hinsichtlich der via publica. Natürlich entsprechen der o. n. n. nur die beiden prohibitorischen Interdicte gegen Beeinträchtigung der Schifffahrt und gegen Aenderungen des Wasserlaufs durch unerlaubte Vorrichtungen. Durch Bauen im Fluß selbst wie am Flußufer wird der usus publicus beeinträchtigt und beide Interdicte stehen daher cuilibet ex populo in dem Sinn zu, daß ein privates Interesse in der Person des Klägers nicht erforderlich ist[4]).

Einer besonderen Betrachtung bedarf noch der Fall

4) L. 1. pr. §. 19. de flumin. 43. 12. l. 1. pr. ne quid in flum. publ. 43. 13.

des Bauens in mare oder in litore maris, von dem Ulpian in l. 1. §. 18. h. t. spricht.

Quod si quis in mare vel in litore aedificet, licet in suo non aedificet, jure tamen gentium suum facit: si quis igitur velit ibi aedificantem prohibere, nullo jure prohibet, neque opus novum nunciare nisi ex una causa potest, si forte damni infecti velit sibi caveri.

Die Stelle ist nicht ohne Schwierigkeiten. Die Erklärung Stölzel's (S. 126 ff.) — der Grund für die alleinige Zulässigkeit der o. n. n. damni depellendi causa sei nicht der von Ulpian angegebene ‚quia suum facit', sondern der, daß einerseits die Voraussetzung der o. n. n. juris nostri conserv. c., Existenz eines jus prohibendi, andererseits die Voraussetzung der o. n. n. juris publici t. c., Eigenschaft des Meeres und Meeresufers als loca publica, fehle — ist unrichtig und ungenügend. Nach l. 2. §. 8. l. 3. §. 1. l. 4. ne quid in l. publ. 43. 8. ist gegenüber einem Bauen in mare und litore das interd. ne quid in loco publ. dann zulässig, wenn dadurch der usus publicus beeinträchtigt ist. Da man aber in den Fällen, quibus ex causis et interdicta proponuntur, und speciell im Fall des interd. ne quid in loco publ. sich auch der o. n. n. juris publici tuendi causa bedienen kann, so muß, wenn die Voraussetzung des Interdicts vorliegt, auch hier die o. n. n. jur. publ. t. c. zulässig sein, denn der Umstand, daß das Interdict hier als ein utile bezeichnet wird, ist selbstverständlich ohne Einfluß auf die Statthaftigkeit der o. n. n. Wie erklärt es sich dann aber, daß nach Ulpian nur damni depellendi causa soll nunciirt werden können? Der

von Ulpian angegebene Grund ‚licet in suo non aedificet, jure tamen gentium suum facit‘, den Stölzel bei Seite schiebt, erklärt die Unzulässigkeit sowohl der o. n. n. juris nostri conservandi wie der jur. publici tuendi causa. Die erstere ist deßhalb unmöglich, weil ein privatrechtliches jus prohibendi eines Anderen an der Sache, die gerade der Unternehmer erst durch seine Bauthätigkeit in sein Eigenthum erwirbt, nicht denkbar ist. Die o. n. n. jur. publ. t. c. ist aber deßhalb unstatthaft, weil der Unternehmer suum facit: dieses suum facere tritt nämlich überhaupt nur dann ein, wenn durch das Bauen in mare und litore der usus publicus nicht gehindert wird[5]), wird aber der usus publicus nicht gehindert, so ist auch das interd. ne quid in loco publico und folglich die o. n. n. jur. publ. t. c. nicht begründet: wenn also der Unternehmer wirklich suum facit — wie dies Ulpian hier sagt, indem er den gewöhnlichen Fall setzt, daß der usus publicus eine Beeinträchtigung nicht erleidet —, dann kann in der That nur ex una causa, wegen damnum infectum, nunciirt werden.

5) L. 3. §. 4. ne quid in l. publ. 43. 8.: Maris communem usum omnibus hominibus, ut aeris, jactasque in id pilas ejus esse qui jecerit: sed id concedendum non esse, si deterior litoris marisve usus eo modo futurus (l. 4.) sit. Respondit in litore jure gentium aedificare licere, nisi usus eo publicus impediretur. L. 2. §. 8. eod. — si autem nemo damnum sentit, tuendus est is, qui in litore aedificat —. Vgl. auch l. 50. de A. R. D. 41. 1.

§. 1671 e.

c. O. n. n. damni depellendi causa.

27. Diese dritte Art der o. n. n. unterscheidet sich von den beiden anderen wesentlich durch Folgendes. Wer jur. sui conserv. c. oder jur. publ. t. c. nunciirt, hat dabei keine andere Absicht als die, welche das Verbot der Fortsetzung des opus zu erkennen giebt: die Sistirung des Unternehmens ist gerade der Endzweck des Einspruchs; der Nunciat hat nur die Möglichkeit, diesen provisorischen Bann durch Cautionsleistung aufzuheben. Der damni depellendi causa Nunciirende hingegen will nicht die Sistirung als Selbstzweck und das bei der Nunciation im Hintergrund stehende Recht geht nicht darauf, das opus überhaupt für die Zukunft untersagen zu können, sondern der Zweck ist gerade Erlangung der Caution und die durch die o. n. n. bewirkte vorläufige Sistirung ist nur das Mittel zu diesem Zweck, indem der Unternehmer durch die aus einer Contravention gegen das Verbot auch hier erwachsenden Nachtheile bewogen wird, diese Caution zu leisten, damit er die an sich ihm zustehende Befugniß zu bauen ohne Gefahr ausüben kann. Das Recht des Nuncianten, in Folge dessen er Einspruch gegen den Bau erhebt, besteht hier nicht wie dort in einem Verhinderndürfen, sondern in der Befugniß, diese Caution fordern zu können, und die Cautionsleistung ist nicht wie dort ein Recht, sondern eine Pflicht des Nunciaten. Die Eigenthümlichkeit besteht nur darin, daß der Nunciant diese Forderung gleich im Wege eines anticipirten Zwangsmittels geltend machen kann, ehe noch eine rechtliche Entscheidung darüber getroffen ist, ob ihm die Forderung überhaupt zusteht.

Daß die o. n. n. damni depell. c. jünger sei, als die jur. n. conserv. c. und daß die eigenthümlichen Grundsätze der letzteren hinsichtlich des in ihr liegenden Zwangs zur Sistirung erst später auf die cautio damni infecti übertragen seien, ist allgemein anerkannt. Auch läßt sich eine solche Uebertragung leicht erklären. Wenn man einmal die Wirkung der Nunciation mit ihren Ausnahmen dahin formulirt, daß der Unternehmer sistiren müsse, wenn er nicht Caution leiste, so liegt es nahe genug, für den Fall, wo eine cautio damni infecti zu leisten ist, dem Berechtigten zu gestatten, daß er einen Druck auf den Cautionspflichtigen in ähnlicher Weise ausübe, wie er in jenem Fall ausgeübt wurde, wo die Cautionsleistung keine selbständige Pflicht des Unternehmers war: dort muß der Unternehmer sistiren und wenn er das nicht will, Caution leisten, hier muß er Caution leisten und wenn er das nicht will, sistiren. Die Verschiedenheit des Zweckes in beiden Fällen äußert sich aber darin, daß im letzteren Fall mit Leistung der Caution der ganze Zweck der o. n. n. erreicht und damit der Bann erloschen ist, während im ersten der Bann durch die Cautionsleistung nur als suspendirt erscheint und die Frage nach der rechtlichen Begründung und Wirksamkeit der Nunciation noch den Gegenstand eines folgenden Processes bilden kann: erweist sich in diesem das durch die o. n. n. geltend gemachte Verhinderungsrecht als existent, so hat zwar die Caution dem Unternehmer die formelle Befugniß zum vorläufigen Weiterbauen gewährt, aber doch ohne wahren dauernden Vortheil für ihn, da das materiell ungerechtfertigt Gemachte restituirt werden muß. Es stehen also die beiden Arten der o. n. n.

in ihren Wirkungen nur dann sich gleich, wenn ohne Cautionsleistung eine Contravention vorkommt, indem dann gleichmäßig bei beiden das interdictum demolitorium begründet ist wegen des darin liegenden formellen Unrechts, ohne Rücksicht auf den Grund der Nunciation. Nach der Cautionsleistung aber gestaltet sich die Sache bei beiden verschieden: bei der o. n. n. damni depell. c. ist nur die Frage noch möglich, ob wirklich aus der Cautionsleistung eine Ersatzpflicht für den eingetretenen Schaden begründet ist, und von einer Destruirung des den Schaden herbeiführenden opus ist keine Rede, bei der o. n. n. jur. n. cons. c. kann es trotz der Caution doch zur Demolirung und Restitution kommen.

28. Was nun die speciellen Grundsätze dieser o. n. n. damni depell. c. anbetrifft, so würde eine erschöpfende Erörterung derselben ein genaues Eingehen auf die Grundsätze der cautio damni infecti erheischen. Da aber die Lehre von der cautio damni infecti den Inhalt des folgenden Titels (39. 2.) bildet und an dieser Stelle ausführlich zu besprechen ist, so muß es genügen, die Hauptgesichtspuncte, soweit es für das Verständniß der o. n. n. erforderlich ist, hier kurz hervorzuheben.

Im ausgebildeten römischen Recht giebt es zwei Hauptfälle dieser Caution. Sie kann einmal gefordert werden in gewissen Fällen, wo uns das Recht zusteht, auf einem fremden Grundstück etwas vorzunehmen: wenn hier der Eigenthümer des Grundstückes von dieser unserer Thätigkeit Schaden befürchtet, so kann er vorher von uns das Versprechen des Ersatzes für den etwa angerichteten Schaden verlangen. Eines besonderen Zwangs-

mittels bedarf es hier nicht, indem der zur Thätigkeit auf dem fremden Grundstück an sich Berechtigte nicht eher zur Ausübung dieses Rechts zugelassen wird und die sonst zu seinem Schutz dienenden Rechtsmittel ihm nicht eher gegeben werden, als bis er die Caution leistet: die Bestellung der Caution ist die Bedingung für die Ausübung des Rechts. Der zweite Hauptfall, mit dem sich vorzugsweise der Titel 39. 2. beschäftigt, ist der, wenn Jemandem ein Schaden droht durch die schlechte Beschaffenheit unseres Grundstücks bezüglich der darauf befindlichen Anlagen an und für sich, oder durch die auf und an dem Grundstück von uns vorgenommene Thätigkeit: hier sind besondere Zwangsmittel nöthig, um den Pflichtigen zur Leistung der Caution anzuhalten.

Der gewöhnliche Gang des Verfahrens ist nun der, daß der Bedrohte beim Prätor den Antrag stellt, es solle ihm vom Gegner die Caution geleistet werden, und daß der Prätor, wenn er nach vorausgegangener causae cognitio den Anspruch für begründet erachtet, dem Impetraten die Verpflichtung auflegt, dem Gesuch des Antragstellers nachzukommen. Statt dessen kann aber auch der Bedrohte eine o. n. n. vornehmen[6]). Wenn er von diesem Recht Gebrauch machen will, so

6) Selbstverständlich ist dies nicht in allen Fällen möglich, vor Allem nicht da, wo der Schaden durch die Beschaffenheit des Grundstücks und der darauf befindlichen Anlagen selbst droht; aber auch da, wo der Schaden von einer Thätigkeit des auf dem Grundstück etwas Vornehmenden befürchtet wird, ist eine o. n. n. nur dann möglich, wenn diese Thätigkeit unter den Begriff eines opus novum im technischen Sinne fällt.

entsteht wieder die schon früher aufgeworfene Frage, ob er beim Nunciationsact selbst diesen Zweck seines Einspruchs ut damni infecti caveatur, angeben muß, wie Stölzel meint. Dieselben Gründe, die früher (Ziff. 13.) dagegen geltend gemacht worden, lassen auch hier diese Frage verneinen, obgleich es hier am ehesten so scheinen könnte, als müsse der Nunciat die causa nunciandi erfahren. Dazu bedarf es aber auch hier nicht eines sofortigen Kundbarmachens des Nunciationsgrundes: der Nunciat erfährt ihn entweder bei seinem Erbieten zur Cautionsleistung oder auf seinen Remissionsantrag hin. Daß die Ansicht Stölzel's (S. 187 ff.), es finde hier ein Remissionsverfahren nicht statt, unrichtig ist, werden wir später sehen.

Natürlich kann der Nunciant mit seinem Einspruch einen mehrfachen Zweck verfolgen: neben der Absicht cautio damni infecti zu erlangen kann er auch die Absicht haben, den Bau definitiv hindern zu wollen und jur. sui conserv. c. oder jur. publ. t. c. zu nunciiren[7]). Ob lediglich der eine Zweck der Cautionserlangung oder zugleich ein anderer bei der Nunciation verfolgt wird, das erfährt eben der Nunciant entweder beim Erbieten zur Caution oder beim Remissionsantrag. Nennt der Nunciant nur den einen Zweck, während er in Wahrheit beide im Auge hatte, so hat er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm blos nach der einen Rich-

7) Z. B. wenn durch einen Bau auf dem Nachbargrundstück meine serv. ne lumin. offic. beeinträchtigt werden würde und zugleich meinem Haus aus dem zu befürchtenden Einsturz ein Schaden droht, oder wenn in publico gebaut wird, wodurch ich nach beiden Richtungen hin Nachtheil erleiden kann.

tung hin geholfen und Sicherheit gewährt wird. Je nach seiner Erklärung wird nun das Verfahren ein verschiedenes sein. Verfolgt er einen mehrfachen Zweck, so gehen die beiden in dem einen Act enthaltenen Nunciationen an und für sich ihren eigenen Weg und sind unabhängig von einander [8]). Allerdings werden sie, wie Stölzel (S. 130.) ausführt, unter Umständen factisch einen gegenseitigen Einfluß äußern: wenn z. B. der Nunciat das Verbot unbeachtet läßt und ohne Caution zu leisten fortfährt, setzt er sich dem interd. demolitorium aus und mit diesem wird der Nunciant regelmäßig seine beiden Zwecke gleichmäßig erreichen. Aber es lassen sich doch auch Fälle denken, wo die beiden Nunciationen factisch von einander unabhängig wirken. So z. B. ist in dem anderen von Stölzel angeführten Fall, wenn zugleich die stipulatio ex o. n. n. und damni infecti geleistet ist und vor Erhebung der Klage aus der ersteren der Einsturz erfolgt, keineswegs immer die o. n. n. jur. n. conserv. c. und die stipulatio ex o. n. n. damit erledigt, sondern kann auch nach Verfall der stipulatio damni inf. recht wohl noch fortwirken, da der den Verfall der letzteren bewirkende Einsturz nicht der Art zu sein braucht, daß nun die Veranlassung, wegen des jus prohibendi Einspruch zu erheben bezüglich ihn aufrecht zu erhalten, ganz wegfällt:

8) So z. B. wird in dem in der vorigen Anm. angeführten Beispiel selbständig über die Frage nach dem jus prohibendi wegen der serv. ne lum. off. verhandelt und das entsprechende Remissionsdecret ertheilt, und daneben die Frage erörtert, ob im concreten Fall ein Anspruch auf cautio damni inf. begründet sei. Vgl. unten Ziff. 59. bei Anm. 52.

es kann ein Theil des Gebäudes einfallen und dadurch mein Grundstück beschädigt werden, das Gebaute aber immer noch so beschaffen sein, daß meinem Haus das Licht entzogen wird. Wenn lediglich damni depell. c. nunciirt ist, gestaltet sich die Sache in folgender Weise. Läßt der Unternehmer das Verbot ganz unbeachtet und fährt er ohne Caution zu leisten mit dem Bau fort, so setzt er sich dem interd. demolitorium aus, will er aber weder gegen das Verbot handeln noch auch die betreffende Thätigkeit einstellen, so besteht nur eine doppelte Möglichkeit. Entweder leistet er freiwillig die Caution und dann ist die ganze Sache erledigt: der Bann ist aufgehoben und Nunciat kann unbehindert weiter bauen; zu einem weiteren rechtlichen Verfahren kommt es erst, wenn der Nunciant wegen des wirklich eingetretenen Schadens mit der actio ex stipulatu klagt. Oder der Nunciat versteht sich nicht freiwillig zur Cautionsleistung, weil er den Anspruch darauf nicht für begründet hält. Natürlich darf er in diesem Fall nicht zwischen die Alternative gestellt sein: entweder leiste Caution, dann wird der Bann aufgehoben, oder sistire, sonst mußt du restituiren ohne alle Frage danach, ob die Forderung der Caution eine berechtigte war oder nicht. Es muß hier selbstverständlich außer der Leistung der Caution noch ein anderes Mittel existiren, den Bann zu lösen und die Frage zur richterlichen Entscheidung zu bringen, ob der Anspruch des Nuncianten auf Cautionsleistung begründet sei.

Dieses Mittel ist nun kein anderes als der Remissionsantrag, auf welchen hin diese Frage zur Verhandlung vor dem Prätor kommt. Stölzel (S. 187.) leugnet die Existenz eines Remissionsverfahrens bei der o. n. n. damni depell. c. und findet das auch

von ihm geforderte anderweite Mittel zur Lösung des Banns in der Verpflichtung des Nuncianten bezüglich Cautionsimpetranten, den Calumnieneid zu leisten, bevor der Gegner sich auf irgend welche Verhandlung mit ihm einzulassen hat. Diese Behauptung ist jedoch unrichtig. Es giebt auch hier ein Remissionsverfahren, nur ist es theilweis ein anderes als das bei der o. n. n. juris n. conserv. c. stattfindende. Der Antrag des Nunciaten geht, wie bei allen Nunciationen, auf Remission und die Forderung und Leistung des juramentum calumniae bildet nur einen Theil des auf diesen Remissionsantrag hin erfolgenden Verfahrens. Wie der Remissionsantrag bei der auf einem jus prohibendi beruhenden Nunciation ein Verfahren über dieses jus prohibendi herbeiführt, so bewirkt hier der Remissionsantrag, daß ein Verfahren über das Begründetsein der Forderung einer cautio damni infecti stattfindet und es ist kein Grund vorhanden, dieses Verfahren nicht als Remissionsverfahren zu bezeichnen[9]). Wird vom Prätor die Forderung der Caution als berechtigt anerkannt, so bleibt, bis dieser Forderung Genüge gethan ist, der Bann der o. n. n. bestehen[10]).

29. Wenn nun in dem Fall, wo sofort damni depellendi causa nunciirt worden ist, die o. n. n. nach dem eben Ausgeführten als ein Zwangsmittel zur Erfüllung der vom Prätor anerkannten Cautionspflicht erscheint — wie es sonst, wenn ohne o. n. n. die Caution verlangt und die Verpflichtung dazu anerkannt wird, die

9) Vgl. unten Ziff. 59.
10) Vgl. ebendaselbst.

missiones in rem sind —, so entsteht die Frage, ob diese beiden Zwangsmittel sich insofern gleichstehen, daß die o. n. n. in demselben Stadium vorgenommen werden kann, in welchem es zur missio in rem kommt. Kann man, wenn man durch Antrag beim Prätor die Caution verlangt und ein diesen Anspruch anerkennendes Decret erwirkt hat, im Fall der Nichtbefolgung des Cautionsbefehls statt missio in rem gegen den ungehorsamen Gegner zu beantragen, auch jetzt noch zur *o. n. n.* greifen und dadurch einen Zwang ausüben? Stölzel (S. 124.) spricht davon, daß neben den missiones auch die o. n. n. zu gleichem Zweck bestehe, scheint aber dabei nur den Fall im Auge zu haben, wo gleich anfänglich vor einem Angehen des Prätors die o. n. n. vorgenommen ist, da er in dem Fall des Antrags beim Prätor nur die missio in rem erwähnt. Hesse aber (Rechtsverh. II. S. 87. A. 2., Einspruchsrecht S. 129.) betrachtet die o. n. n. als Zwangsmittel auch zur Realisirung des prätorischen Decrets statt der missio, ja er will überhaupt da, wo die o. n. n. anwendbar ist, nämlich bei opera futura, lediglich die o. n. n. bezüglich prohibitio zulassen, weil hier die missio ohne Effect sei. Schon das Schweigen der Quellen läßt jedoch diese Ansicht als höchst bedenklich erscheinen: überall da, wo von den Mitteln zur Erzwingung der Cautionsleistung gesprochen wird, ist nie von o. n. n., sondern nur von dem Zwang durch Besitzeinweisung die Rede. Sodann aber wäre es in der That auch höchst auffallend, wenn der Prätor sich zur Erzwingung eines direct ausgesprochenen Befehls des Mittels bedient hätte, dem Impetranten zu sagen, er solle nunmehr, nachdem sein Anspruch als ein berechtigter anerkannt und bis zur Execution gediehen

war, dasjenige thun, was er ohne Antrag beim Prätor und ohne Anerkennung seines Anspruchs auch schon zu thun berechtigt war, nämlich durch o. n. n. den Gegner an der Fortsetzung der schadendrohenden Thätigkeit hindern. Vor Allem steht aber diese Auffassung mit dem Wesen der o. n. n. in Widerspruch. Die o. n. n. ist nie ein Executionsmittel für einen bereits ausgesprochenen prätorischen Befehl, sondern ihre Bedeutung besteht nur darin, daß alternativ neben dem gerichtlichen Antrag zum Schutz bezüglich zur Erwerbung eines Rechts die eine schleunige provisorische Rechtshilfe gewährende außergerichtliche Thätigkeit, gewissermaßen als Surrogat eines sofort erlassenen gerichtlichen Befehls, zulässig ist. Die o. n. n. entspricht da, wo sie jur. n. cons. c. oder jur. publ. t. c. vorgenommen wird, dem vor Erörterung der Sache erlassenen Befehl des Prätors zu sistiren, nicht aber der Ausführung eines Befehls durch Zwangsmittel. Bei der cautio damni inf. handelt es sich nun gar nicht um einen Befehl zu sistiren, sondern um einen Befehl zu caviren und erst dann, wenn Beklagter dem Befehl nicht gehorcht, kommt es zur Frage, welches Mittel zur Erzwingung dieses Befehls anzuwenden sei. Dieses Mittel ist nach dem Edict des praetor urbanus die missio in rem. An sich wäre es nun wohl möglich gewesen, die Leistung der Caution indirect dadurch zu erzwingen, daß der Prätor bei einem opus novum einen Sistirungsbefehl erlassen hätte, aber jedenfalls wäre dann dieser Befehl vom Prätor ausgegangen und dazu nicht erst wieder die Thätigkeit des Impetranten in Anspruch genommen und das prätorische Verbot durch ein Privatverbot vermittelt worden. — Fragt man nach dem Grund, warum Hesse u. a.

trotz all' der angeführten Bedenken doch in diesem Fall die o. n. n. zulassen, so liegt derselbe eigentlich nur darin, daß man davon ausgeht, die missio in rem finde bei opera futura, wo es sich um Schaden durch eine Thätigkeit handle, nicht statt, sie sei, wenn nicht undenkbar, doch ohne Effect. Der Beweis für diese Behauptung ist aber nicht erbracht[11]).

In Zusammenhang mit der eben besprochenen Frage steht eine andere. Wenn der Bedrohte gleich anfänglich nunciirt hat, ut damni inf. caveatur, und dann in dem darauf folgenden Verfahren der Prätor den Anspruch auf Cautionsleistung als begründet anerkennend dem Impetraten eine Frist zur Cautionsleistung gesetzt und ausgesprochen hat, daß, wenn nicht innerhalb dieser Frist die Caution geleistet sei, nunciatio tenet, kann dann, falls die Nunciation infolge des Ungehorsams des Beklagten noch tenent ist, der Nunciant noch *missio in rem* bean-

11) Hesse scheint die missio darum für unzulässig oder doch effectlos zu halten, weil dieselbe nur bei solchen Objecten stattfinde, die als selbständige Sachen besessen werden könnten. Warum aber aus diesem Grund weniger in ein angefangenes als in ein fertiges Bauwerk Besitzeinweisung möglich sein soll, ist nicht ersichtlich. Ein opus im Sinn der o. n. n. liegt ja auch vor, wenn ein Gebäude eingerissen wird: kann dieses infolge des Beginns des Einreißens Schaden drohende Gebäude nicht als selbständige Sache besessen werden? Auch steht fest, daß wegen vitium arborum Caution verlangt werden kann: dabei ist die o. n. n. natürlich unmöglich, es bleibt also blos missio übrig, und doch kann auch der schadendrohende Baum nicht als selbständige Sache besessen werden; die Einweisung erfolgt dann eben in das Grundstück.

tragen? Wer die Zulässigkeit der missio in rem in solchen Fällen überhaupt leugnet, muß selbstverständlich auch diese Frage verneinen. Aber auch für diejenigen, welche diese Ansicht nicht theilen, muß sich die Frage aufwerfen, ob es nicht hier bei dem in der Fortdauer des Banns liegenden Zwang sein Bewenden haben müsse, da ein doppelter Zwang als bedenklich erscheinen könnte. Wäre der Bedrohte durch die o. n. n. durchaus sicher gestellt, so dürfte man neben derselben eine missio in rem wohl nicht mehr zulassen. Aber in der That schützt die o. n. n. nicht vollständig. Die o. n. n. bewirkt nur die Sistirung des angefangenen opus, es kann aber gerade aus diesem infolge seiner mangelhaften Beschaffenheit auch vor seiner Vollendung ein Schaden drohen und für diesen würde man dann einen Ersatzanspruch nicht haben. Daher muß für den Bedrohten die Möglichkeit bestehen, trotz vorgenommener o. n. n. doch noch die Besitzeinweisung zu erlangen[11a]).

30. Von den Fragen, die die o. n. n. speciell betreffen, sind es insbesondere noch zwei, die hier zu berühren sind: wirkt die o. n. n. damni depell. c. auch *in rem* und hat der Cavent das *interd. ne vis fiat aedificanti* wie bei der o. n. n. jur. n. conserv. causa?

Die erste Frage beantwortet Hesse (Einspruchsrecht S. 129.) dahin: „die Nunciation kann nur gegen den Nunciaten, nicht gegen den Nachbesitzer wirken, weil es sich um eine Vermögensklage (ex lege und persönlich) handelt, nicht um den Schutz eines jus in re, der durch eine actio in rem effectuirt wird." Für diesen

11a) So auch Stölzel S. 189.

Satz beruft er sich auf l. 24. §. 1. D. 39. 2. und auf seine eigenen Erörterungen in einer früheren Schrift (Rechtsverh. I. S. 149. ff.). Ohne diese Berufung wäre es nicht recht verständlich, was er mit seinem Grund für die Unwirksamkeit der Nunciation gegen den Nachbesitzer gemeint hat. Die persönliche Vermögensklage ex lege, von der er spricht, kann natürlich nur die actio ex stipulatu sein. Nun versteht es sich freilich von selbst, daß die Klage aus dem Stipulationsversprechen nur gegen den Promittenten gerichtet sein kann — und daß Hesse nichts anderes gemeint hat, das zeigen eben die citirte l. 24. §. 1. und seine früheren Erörterungen in dem angeführten Werk. Wenn man aber die Frage aufwirft, ob die Nunciation in rem wirke, so darf man sie nicht damit beantworten und verneinen, daß man sagt, die *actio ex stipulatu* gehe nicht gegen den Nachbesitzer. Vielmehr kann die Frage nur die Bedeutung haben: wenn damni depell. c. nunciirt ist und in der Person des Besitzers ein Wechsel eintritt, wirkt dann gegen den Nachbesitzer der in der o. n. n. liegende Bann ebenso wie gegen den frühern Besitzer, so daß, wenn der jetzige Besitzer die o. n. n. unberücksichtigt lassend fortfährt, das interd. demolitorium gegen ihn angestellt werden kann? Und zu einer Verneinung dieser Frage liegt nicht der geringste Grund vor. Der jetzige Besitzer ist, da der Bann dem opus aufgelegt ist, ebenso gebunden wie der frühere, und wenn er sich von diesem Bann frei machen will, so muß er die Caution leisten bezüglich durch seinen Remissionsantrag die Berechtigung des Nuncianten zur Forderung der Caution zur Sprache bringen.

Die zweite Frage hingegen, ob aus der geleisteten

cautio damni inf. dem Nunciaten ein besonderes Schutzmittel, das *interd. ne vis f. aedificanti*, erwachse, ist zu verneinen[12]).

Vor allen Dingen darf das als zweifellos betrachtet werden, daß dem Caventen das Interdict nicht zusteht, wenn er in Erfüllung des seine Cautionspflicht aussprechenden richterlichen Decrets die Caution geleistet hat, denn aus einem den Beklagten verurtheilenden Erkenntniß kann unmöglich ein derartiges Rechtsmittel zu seinen Gunsten hervorgehen. Es kann sich also nur um den Fall handeln, wenn der Nunciat, nachdem er erfahren, daß ihm damni depell. c. nunciirt worden, freiwillig sich zur Cautionsleistung erbietet. Hier könnte man in folgender Weise argumentiren wollen. Der Grund, warum dieses Interdict bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. dem cavirenden Nunciaten gegeben wird, ist der, daß der Nunciant nunmehr genügend gesichert ist und darum den Unternehmer nicht weiter stören soll; der Grund, warum das Interdict bei der o. n. n. jur. publ. t. c. nicht gegeben wird, ist, weil in publico nicht früher gebaut werden darf, als bis das Recht dazu feststeht[13]): bei der o. n. n. damni depell. c. — wenigstens wenn der Unternehmer in privato quid molitur — fällt nun der bei der o. n. n. jur. publ. t. c. den Ausschluß

12) Der Grund von Stölzel (S. 136.) aus den Anfangsworten der Interdictsformel beruht auf der irrigen Voraussetzung, daß der Nunciationsact in den Worten opus novum nuncio enthalten und der Zusatz ne quid operis novi fiat ein characteristisches Kennzeichen der o. n. n. juris n. conserv. c. sei.

13) Vgl. unten Ziff. 56. bei Anm. 26. Ziff. 60. bei Anm. 56.

des Interdicts bewirkende Grund weg, und der Grund, der bei der o. n. n. jur. conserv. c. das Interdict gewährt, ist hier gleichfalls vorhanden. Aber doch liegt hier die Sache anders. Bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. ist der Zweck das Sistiren des opus, weil dem Nuncianten angeblich ein Verhinderungsrecht zusteht: durch die Leistung der Caution, die ein Recht des Nunciaten ist, erlangt er die an sich ihm bestrittene Befugniß zum Bauen und gegen deren Beeinträchtigung bedarf er, da das Recht selbst noch ungewiß ist, eines besonderen Schutzmittels. Hier hingegen bei der o. n. n. damni depell. c. ist die Leistung der Caution, welche der Einspruch unmittelbar bezweckt, eine Pflicht des Nunciaten, die durch richterliches Decret ausgesprochen und zu deren Erfüllung er durch Zwangsmittel angehalten werden kann: wenn er daher in der Ueberzeugung, pflichtig zu sein und zur Cautionsleistung gezwungen werden zu können, — denn sonst wird er ohne vorherigen Remissionsantrag die Caution nicht leisten — die von ihm verlangte Sicherheit wirklich bestellt, so kann daraus ein besonderes Schutzmittel für die Fortsetzung des Baues nicht erwachsen. Dazu kommt, daß nach l. 20. §. 9—13. h. t. dieses Interdict nur demjenigen zusteht, qui satisdedit, nicht dem qui repromisit; derjenige also, der die cautio damni infecti nur in Form der repromissio zu leisten braucht, würde das Interdict sicher nicht haben. Da aber der nur zur repromissio Verpflichtete seine Pflicht durch repromissio gerade so erfüllt, wie der zur satisdatio Verpflichtete durch satisdatio, so würde es dieser Unterscheidung an jedem Grund fehlen. In der That ist auch bei der Erörterung dieses Interdicts nur von der juris n. conserv. c. und juris publ. t. c. ge-

schehenen Nunciation die Rede: bei der ersteren wird es gestattet, bei der letzteren versagt; der Ausschluß desselben bei der o. n. n. damni depell. c. war selbstverständlich[14]).

§. 1672.

III. Wirkungen der o. n. n.

1. Wirkung der o. n. n. an sich.

31. Unter dieser Kategorie lassen sich an sich alle Wirkungen, die eine giltige o. n. n. im Gefolge hat, darstellen, also auch diejenigen, die nach der prätorischen Remission oder der außergerichtlichen Caution eintreten[15]), denn auch diese sind mittelbare Folgen der vorausgegangenen Nunciation. Aus systematischen Gründen

14) Vgl. unten Ziff. 61. bei Anm. 65.

15) In der aus dem 52. Buch seines Commentars zum Edict stammenden l. 1. h. t. hat Ulpian im §. 15. seinen Stoff so disponirt: nunc videamus, quibus ex causis fiat nun.$^{\underline{io}}$ et quae personae nuncient quibusque nuncietur, et in quibus locis fiat nunc.$^{\underline{io}}$, et *quis effectus* sit nunc.$^{\underline{is}}$. Diese Puncte finden sich in den aus demselben Buch entnommenen Fragmenten l. 1. 3. 5. h. t. erörtert, nur über den effectus nunc.$^{\underline{is}}$ fehlt eine ausführliche Darstellung, und in l. 5. §. 17. bis zum Schluß und in l. 7 h. t. ist nur noch von Remission bezüglich von Caution die Rede. Darin, daß Ulpian die Aufhebung der o. n. n. gar nicht als einen besonderen Punct in seine Disposition aufgenommen hat und gerade an der Stelle, wo vom effectus nunc.$^{\underline{is}}$ die Rede sein sollte, von dieser Aufhebung spricht, liegt der Beweis, daß die Folgen der Remissionsertheilung und Cautionsleistung auch von ihm als Wirkungen der o. n. n. betrachtet werden.

empfiehlt es sich jedoch, diese Frage bei der Darstellung der Aufhebungsgründe und im Zusammenhang mit der Lehre von der Remission und Caution zu erörtern. Wir haben daher hier zunächst nur von den Wirkungen der o. n. n. vor der Remission und Cautionsleistung zu sprechen.

Die Aussprüche über die Wirkung der Nunciation finden sich im ganzen Titel de o. n. n. zerstreut. Diese Wirkung besteht im Allgemeinen darin, daß ein Bann auf das opus gelegt wird, so daß mit demselben vor der Remissionsertheilung oder Cautionsleistung nicht fortgefahren werden darf, widrigenfalls dem Nuncianten das interdictum demolitorium auf Restitution des nach der o. n. n. Gemachten ohne Rücksicht auf die materielle Rechtmäßigkeit des opus zusteht. Die hauptsächlichen Stellen sind folgende.

l. 1. pr. h. t. Hoc edicto promittitur, ut, sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi jus is qui nunciasset non haberet.

l. 1. §. 7. eod.: Sed si is, cui o. n. nunciatum est, ante remissionem aedificaverit, deinde coeperit agere jus sibi esse ita aedificatum habere, praetor actionem ei negare debet et interdictum in eum de opere restituendo reddere.

l. 8. §. 2. eod. Si, cum possem te jure prohibere, nunciavero tibi o. n., non alias aedificandi jus habebis, quam si satisdederis.

l. 8. §. 4. eod. Sciendum est facta o. n. n^{e} cui nunciatum est abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nunciationis fiat. —

l. 20. §. 1. eod. — Edicto expressum est, ne post o. n. nunciationem quicquam operis fiat, antequam vel nunciatio missa fiat vel vice nunciationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit, etsi jus faciendi habuit, tamen contra interdictum praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur.

l. 20. §. 3. eod. — Quod factum est, jubet restitui, neque interest, jure factum sit an non: sive jure factum est sive non jure factum est, interdictum locum habebit.

l. 20. §. 4. eod. Quidquid autem ante remissionem fit vel illud quod loco remissionis habetur, pro eo habendum est atque si nullo jure factum esset[16]).

Zweck und Wirkung der o. n. n. müssen natürlich einander entsprechen und durch die Wirkung der Zweck erreicht werden. Als dieser Zweck ist früher bezeichnet worden die Sistirung eines opus novum, durch welches für den Nuncianten ein Nachtheil droht, sei es ein Nachtheil durch Beeinträchtigung eines Privatrechts, sei es durch Beeinträchtigung eines jus publicum, sei es endlich durch ein an sich berechtigtes opus, durch welches aber ein Anspruch auf cautio damni infecti begründet wird. Diesem Zweck entspricht die angegebene Wirkung vollständig, denn die Wirkung ist die Verpflichtung zu sistiren und diese Verpflichtung wird erzwungen durch den Nachtheil, der auf ihrer Nichterfüllung steht, durch

16) Vgl auch l. 5. §. 15. h. t. und die Formel des interdictum demol. in l. 20. pr. h. t.

die Gefahr, daß sich der Nunciat dem interdictum demolitorium aussetzt.

Ehe wir näher auf diese Wirkung der vorgenommenen o. n. n. eingehen, ist die Frage aufzuwerfen, ob die Unterlassung der Nunciation, da wo sie möglich war, Nachtheile für den zur Nunciation Berechtigten im Gefolge hat.

In neuerer Zeit[17]) behauptet Wiederhold (das interd. uti poss. und die o. n. n. S. 97. ff.), daß die Unterlassung der o. n. n. den Verlust der petitorischen Klage auf Beseitigung des vollendeten opus zur Folge habe. Dieser Verlust könnte sich civilistisch nur so construiren lassen. In dem Nichtwidersprechen dessen, der widersprechen konnte, liegt eine Einwilligung in die Vornahme des opus, also ein Verzicht auf das infolge Eigenthums oder Servitut ihm an sich zustehende Recht, kraft dessen er Beseitigung des opus verlangen könnte. Das würde dann die Folge haben, daß durch die Duldung des Berechtigten infolge des Rechtsverlustes auf seiner Seite ein Rechtserwerb für den Gegner begründet würde, indem dieser entweder eine affirmative Servitut erwerben oder von einer negativen Servitut frei werden würde. Prüfen wir nun, ob sich diese angebliche Wirkung der Unterlassung der o. n. n. durch die von Wiederhold angeführten Gründe rechtfertigen läßt.

Wiederhold stützt sich zunächst auf die Clausel „invito se" in der Formel der negatorischen und confessorischen Klage: diese bedeute, daß nur derjenige negatorisch oder confessorisch zu klagen berechtigt sei, welcher behaupten könne, daß gegen seinen Willen eine Beschränkung

17) Ueber Aeltere vgl. Stölzel S. 78.

seines Eigenthums bezüglich eine Aufhebung der Beschränkung des gegnerischen Eigenthums stattfinde; dies könne aber derjenige nicht behaupten, der die betreffende Thatsache ohne Widerspruch zugelassen habe. — Es steht jedoch, mag man auch sonst über die bestrittene Bedeutung und Function dieser Clausel denken wie man will, jedenfalls so viel fest, daß dieselbe sich niemals auf die Thatsache des Nichtwidersprechens gegen die die Klage in concreto begründende Handlung bezieht, sondern stets nur auf das Recht des Klägers bezüglich des Beklagten, infolge dessen gegen den Willen des Klägers nichts gethan werden darf, bezüglich dem Beklagten die Befugniß schon zusteht, gegen den Willen des Klägers etwas zu thun [18]). Wäre die Behauptung, diese Clausel habe den Sinn, daß durch patientia das Klagrecht ausgeschlossen werde, richtig, so müßte ihr naürlich, diese Bedeutung überall zukommen. Es findet sich dieselbe aber auch in Klagformularen, wo unzweifelhaft feststeht, daß von einem Verlust des Klagrechts durch patientia nicht die Rede ist [19]). Damit fällt nothwendig das Argument Wiederhold's zusammen. Auch wird dasselbe direct widerlegt durch die eine Erklärung des Worts invitus gebende

18) L. 5. de S. P. U. 8. 2. — non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur.

19) Wenn der Eigenthümer eines Grundstücks ohne Widerspruch die factische Ausübung des Usus fructus durch einen Anderen hat geschehen lassen oder wenn er das fumum immittere eines Anderen factisch geduldet hat, so kann er trotzdem noch immer sein Recht mit der act. negatoria gegen ihn geltend machen und die Formel dieser Klage lautet doch: jus tibi non esse uti frui oder fumum immittere invito me.

l. 5. de S. P. U. 8. 2: invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contradicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad jus servitutis haec verba referuntur. Es kann also der Beklagte einer Servitutenklage gegenüber wegen der Clausel invito me sich nicht darauf berufen, daß der Kläger nicht widersprochen habe, sondern nur auf dessen ausdrücklichen Consens, und darum ist auch der Willensunfähige invitus, da es auf das Factum des Widerspruchs gar nicht ankommt, sondern nur darauf, ob infolge der Servitut die Verhinderungsbefugniß zusteht, welche eben nur durch ausdrückliche Einwilligung, nicht durch Unterlassung des Widerspruchs aufgehoben wird.

Nicht stichhaltiger ist das zweite Argument Wiederhold's aus l. 28. comm. div. Die in dieser Stelle gegebene Entscheidung: etsi in communi prohibere socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat cogi non potest, si cum prohibere poterat hoc praetermisit, hängt, wie wir früher gesehen haben, lediglich mit dem eigenthümlichen Wesen des Miteigenthumsverhältnisses zusammen[20]), und ein Schluß aus derselben, daß allgemein bei nicht erhobenem Widerspruch die petitorische Klage verloren sei, ist durchaus ungerechtfertigt, um so mehr, als in anderen Stellen (z. B. l. 9. pr. l. 17. §. 1. si serv. vind.) die Klage gegen bereits vollendete Anlagen gegeben wird, ohne daß irgendwie als Voraussetzung erwähnt ist, der Kläger dürfe das nicht gewußt oder müsse, falls er es gewußt, vorher wider-

20) Vgl. oben Ziff. 23.

sprochen haben. Positiv aber steht jener Auffassung die l. 6. §. 1. si serv. vind. entgegen. Denn wenn hier ausgeführt wird, bei Servitutenklagen könne der Kläger zugleich im Besitz der Servitut sein, und es dann heißt: sed et si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus, so ist damit bewiesen, daß die Folge der patientia nur der Verlust der juris possessio, nicht aber der Verlust der petitorischen Klage ist. Und ebenso bestimmt geht dies aus l. 2. C. de serv. 3. 34. hervor: die Folge des Duldens, daß Jemand eine Wasserleitung durch mein Grundstück führt, ist nur die, daß er zunächst den Besitz erwirbt und dann infolge des die Verjährungszeit hindurch fortgesetzten Besitzes auch das Servitutrecht selbst erwerben kann; vor Ablauf dieser Zeit hat er aber kein Recht erworben und habe ich mein Recht kraft meines Eigenthums ihn zu hindern nicht verloren.

Demnach ist die Ansicht, daß durch Unterlassung der o. n. n. für den zu derselben Berechtigten ein Rechtsverlust eintrete und insofern die o. n. n. zur Conservirung des Rechts diene, zu verwerfen[21]). Eher ließe sich im Anschluß an die Ansicht von Rudorff und Hesse[22]), wonach die o. n. n. die Verhütung des Verlustes eines jus prohibendi durch Verjährung bezweckt, nach dem vorher Bemerkten sagen: durch unterlassene o. n. n. kann der Besitz einer positiven Servitut erworben und der Besitz einer negativen Servitut verloren werden und dies dann durch Ablauf der Verjährungs-

21) Vgl. gegen Wiederholb auch Stölzel S. 79. ff. Hesse Einspruchsrecht S. 114.

22) Vgl. oben Ziff. 16.

zeit zum Erwerb bezüglich zum Verlust des Servitutsrechts führen, und insofern verhütet die o. n. n. den Erwerb oder Verlust einer Servitut durch Verjährung. Aber einerseits ist dies zu verhüten nicht der Zweck der o. n. n., andererseits ist diese Folge nicht die Wirkung der Unterlassung der o. n. n. an und für sich, sondern anderweiter hinzukommender Umstände, und endlich bedürfte es dazu nicht der formellen Voraussetzungen der o. n. n., sondern jedes andere wörtliche oder thatsächliche Widersprechen bezüglich jedes andere Dulden hat die gleiche Wirkung.

Weniger nachtheilig, aber doch immerhin mit einem Nachtheil verbunden ist die Unterlassung der o. n. n. nach Unterholzner (Schuldverh. II. S. 170) und Ihering (Jahrb. f. Dogm. VI. S. 99.). Nach ihnen soll durch Unterlassen des Einspruchs zwar nicht das Klagrecht, aber doch die Befugniß, Wiederherstellung des vorigen Zustandes auf Kosten des Beklagten zu verlangen, verloren gehen. Ihering führt aus, daß in dem Verhältniß der Nachbarn zu einander das römische Recht in billiger Rücksichtnahme auf den Eigenthümer und den bestehenden Zustand von dem Gedanken ausgegangen sei, der durch Anlagen des Nachbars Benachtheiligte solle zu rechter Zeit sein Interesse wahren und nicht im Vertrauen auf den Rechtsschutz die Hände in den Schoß legen. Die vorläufige Duldung solcher Anlagen von Seiten des Nachbars beraube ihn zwar nicht des Rechts, die zustehende Klage zu erheben, diese könne aber nicht darauf gehen, daß Beklagter auf seine Kosten die Vorrichtung beseitige; gelte dem Kläger sein Recht wirklich so viel, daß er es jetzt noch verwirklichen wolle, so möge er auch die Kosten tragen und das restituere

selbst übernehmen. — Diese Ansicht läßt sich jedoch mit den Quellen nicht vereinigen. Von einem Nachtheil des Schweigens außer dem infolge des Ablaufs der Verjährungszeit eintretenden ist nirgends die Rede. In zahlreichen Stellen wird dem durch Anlagen des Nachbars beeinträchtigten Eigenthümer oder Servitutberechtigten nach der Vollendung der Anlage ein Anspruch auf tollere und restituere eingeräumt, ohne daß von der Unterscheidung, ob vor der Vollendung ein Widerspruch erfolgt ist oder nicht, auch nur eine Andeutung sich findet. In zwei Codexstellen ist aber auch ein directer Ausspruch darüber enthalten, daß dem Beklagten, der gegen den Inhalt einer Servitut ein opus gemacht hat, die Pflicht nicht blos der Restitution, sondern auch der Restitution auf eigene Kosten obliegt[23]). Abgesehen von diesen Quellenzeugnissen sprechen aber auch innere Gründe gegen das Ihering'sche Princip. Wäre dasselbe richtig, so müßte es auch in dem Fall Anwendung finden, wenn Jemand auf unserem Grund und Boden oder in unseren Luftraum hinein baut, da wir ja hier regelmäßig noch mehr in der Lage sind, sofort das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit zu haben. Soll uns hier das Recht, vollständigen Ersatz zu verlangen, verloren gehen?

23) L. 5. C. de serv. 3. 34. l. 9. C. eod. Und wenn man etwa die erste Stelle wegen des Ausdruckes injuriose restruxit auf das interd. quod vi aut clam zu beziehen geneigt wäre — obgleich das keineswegs nöthig ist, vielmehr dieser Ausdruck wie in l. 1. pr. vgl. mit l. 20. §. 3. h. t. nur das non jure facere bezeichnen kann —, so enthält doch die zweite Stelle nicht die geringste Andeutung, daß hier ein gewaltsamer oder heimlicher Bau vorliege.

Wie Ihering an den Beeinträchtigten das Ansinnen stellt, zur rechten Zeit sein Interesse zu wahren, so läßt es sich doch noch mehr rechtfertigen, wenn man von dem die Beeinträchtigung Zufügenden fordert, daß er sich vorher über die Grenzen seiner Befugniß Aufklärung verschaffe. Und mit welchem Moment sollte der Anspruch auf Restitution auf Kosten des Beklagten verwirkt sein? Mit der Vollendung des opus? Manches opus ist so schnell vollendet, daß der Beeinträchtigte erst nach der Vollendung es wahrnimmt. Und warum erst mit der Vollendung? Aus dem Ihering'schen Princip läßt sich ein Grund dafür nicht entnehmen: auch einem unvollendeten Werk gegenüber läßt sich sagen, der Beeinträchtigte habe nicht zur rechten Zeit sein Interesse gewahrt. Daraus würde aber folgen, daß man sofort beim Beginn Widerspruch erheben müßte, und das würde eine solche Aufmerksamkeit, eine so stete Controle des Nachbars voraussetzen, daß sie zu verlangen eine größere Zumuthung ist, als die Anforderung an den Bauenden, sich vorher über seine Rechtszuständigkeit zu vergewissern[24]). Die o. n. n. ist primo loco ein Recht des durch ein opus novum Bedrohten, wenn sie auch bei wirklicher Anwendung zugleich das Interesse des Unternehmers insofern mit wahrt, als er durch den Einspruch zur Ueberlegung gezwungen wird, ob er gegen denselben hartnäckig fortfahren will; aus der einseitigen Berechtigung des Bedrohten kann aber nicht eine Pflicht zur Ausübung dieses Rechts in der Weise hervorgehen, daß bei Unterlassung der Ausübung ein solcher Nachtheil, wie Ihering will, ihn treffen sollte.

24) Vgl. auch Stölzel S. 98.

Daher giebt es in Wahrheit keine selbständige Wirkung der Unterlassung der o. n. n., außer der, daß, wenn das opus ohne Widerspruch vollendet worden ist, die o. n. n. selbst nicht mehr stattfinden darf.

32. Nachdem wir uns bis jetzt mit der Frage nach der Wirkung der Unterlassung der o. n. n. beschäftigt haben, müssen wir nunmehr die Wirkung der Vornahme derselben näher betrachten. Als diese Wirkung ist oben im Allgemeinen angegeben worden, daß der Nunciat, bis Remission ertheilt oder Caution geleistet wird, sistiren muß, widrigenfalls das interd. demolitorium begründet ist. Dabei ist zunächst die Wirkung der Nunciation an sich und dann die Wirkung des Zuwiderhandelns gegen den Einspruch zu unterscheiden. Die letztere, das interd. demolitorium mit seinen Grundsätzen, ist dann später ausführlich zu erörtern.

Wenn die Wirkung der o. n. n. an sich darin besteht, daß der Nunciat, einerlei ob er sich im Recht befindet oder nicht, sistiren und den zur Zeit der Nunciation bestehenden Zustand unverändert lassen muß, so ist es ganz richtig, wenn Schmidt (a. a. O. VIII. S. 30.) die o. n. n. in dieser Beziehung als einen Besitzact bezeichnet. Natürlich ist das nicht ein Besitzact in Bezug auf den Sach- und Eigenthumsbesitz, sondern lediglich in Bezug auf den Freiheits- oder Servitutsbesitz: es handelt sich dabei um den Besitz des gegenwärtigen Zustandes, dessen Aufrechterhaltung durch das interd. demolitorium gesichert ist, indem jedes Weiterbauen als ein widerrechtlicher Eingriff in den durch die o. n. n. geschaffenen Besitzstand erscheint. Wenn sich aber Schmidt als Beweis für den Character der o. n. n.

als eines Besitzacts darauf stützt, daß die Nunciation eine prohibitio aedificandi sei, worin ein facere possessionis controversiam liege, welches, wenn nicht der formelle Act der Nunciation ein erlaubter wäre, das interdictum uti possidetis begründen würde, so ist das als ein Beweis nicht anzuerkennen. Daß in der Verhinderung des Baues eine Besitzstörung liegt, gegen welche der durch die o. n. n. Gehinderte nicht die gewöhnlichen Schutzmittel gebrauchen kann, beweist nur, daß dies eine erlaubte Besitzstörung ist, nicht aber, daß der Hindernde selbst Besitzer wird; es würde dieses Argument, wie Rudorff (S. 129.) mit Recht bemerkt, sogar für die Apprehension des Eigenthumsbesitzes und deßhalb zu viel beweisen. Der Character der o. n. n. als Besitzact liegt einfach darin und wird zugleich dadurch bewiesen, daß der Nunciant jeder Veränderung des gegenwärtigen Zustandes mit einem restitutorischen Interdict entgegentreten kann. Rudorff (S. 129.) sieht gleichfalls die o. n. n. als Besitzact an, meint aber, Schmidt gehe darin zu weit, daß er die Nunciation als Besitzergreifung des Verbietungsrechts und als Besitzentsetzung des bauenden Nunciaten fasse: dies würde sich nur behaupten lassen, wenn erst nach angefangenem Bau nunciirt würde, denn bis dahin bleibe der Nunciant im Besitz und erhalte diesen durch seinen Einspruch nur aufrecht. — Die Streitfrage ist also die, ob die Nunciation ein Act der Besitzergreifung oder der Besitzerhaltung sei.

Um die Frage zu beantworten, müssen die verschiedenen hier möglichen Fälle unterschieden werden. 1) Wenn der Eigenthümer wegen der Verletzung der Substanz seines Grundstücks nunciirt, so handelt es sich nicht um Ergreifung, sondern um Erhaltung des Besitzes.

Er hat schon vor der o. n. n. den juristischen Besitz des Grundstücks und kann sich vorher sogar zweckmäßiger durch die gewöhnlichen possessorischen Interdicte schützen (l. 5. §. 10. h. t.); hat er zur o. n. n. gegriffen, so erhält er sich den Besitz des gegenwärtigen Zustandes, wie er ihn schon hatte, nur jetzt geschützt durch das interd. demolitorium, während der Schutz des Sachbesitzes allerdings dem Nunciaten gegenüber wegfallen und insofern durch die o. n. n. nicht blos keine Erhaltung des Sachbesitzes, sondern in gewissem Sinn eher ein Verlust desselben herbeigeführt werden kann[25]). — 2) Wenn wegen Verletzung eines Servitutrechts nunciirt wird und der Nunciant wirklich ein solches hat, so ist der bis dahin bestehende dem Recht entsprechende factische Zustand juristischer Besitz des Rechts und es handelt sich auch hier nicht um Ergreifung, sondern um Erhaltung des Besitzes. Hat aber der Nunciant kein Servitutrecht, sondern nur den einem Servitutrecht entsprechenden factischen Zustand, dann ist zu unterscheiden: a) wenn der bestehende Zustand einer negativen Servitut entspricht, so wird allerdings zunächst durch die o. n. n. nur eine Erhaltung des bis dahin zu Gunsten des Nuncianten bestehenden factischen Zustandes bewirkt, jedoch kann hier die Erhaltung dieses rein factischen Zustandes durch die o. n. n. in die Ergreifung des juristischen Besitzes der Servitut übergehen, nämlich dann, wenn der Unternehmer sich dem Widerspruch fügt: doch ist dies

25) Insofern nämlich als der Nunciat durch Cautionsleistung den Besitz der Baubefugniß erwirbt und darin durch das interd. ne vis fiat aedificanti geschützt ist. Vgl. Ziff. 33.

nicht die Wirkung der o. n. n. an sich, sondern zugleich des Sichfügens, indem erst dadurch der juristische Besitz einer negativen Servitut erworben wird. b) wenn der bestehende Zustand einer positiven Servitut entspricht, so liegt, da es sich bei der o. n. n. um eine Bauthätigkeit des Gegners handelt, die Sache hier immer so, daß die o. n. n. gegen Eingriffe in den betreffenden Zustand, der wenn auch ohne Servitutrecht doch factisch besteht, gerichtet ist: hier ist man durch die Existenz dieses Zustandes zugleich im juristischen Besitz der Servitut, und wenn Jemand diesen Zustand beeinträchtigt, so kann man, wie bei Beeinträchtigung des Sachbesitzes, mit possessorischen Interdicten klagen, zieht man aber die o. n. n. vor, so bewirkt natürlich auch hier die Nunciation nur eine Erhaltung des Besitzes am gegenwärtigen Zustand, nicht eine neue Ergreifung desselben.

Es handelt sich also, mag der factische Zustand zugleich juristischer Besitz sein oder nicht, bei der o. n. n. immer nur um die Erhaltung des gegenwärtig bestehenden factischen Zustandes. Aber insofern ist man berechtigt, mit Schmidt von einer Besitzergreifung zu sprechen, als der durch das interd. demolitorium geschützte Besitz erst durch die o. n. n. ergriffen wird: vorher ist nur die Rede entweder von einem rechtlich gar nicht geschützten Besitz des factischen Zustandes oder von einem juristischen Besitz, der zwar durch die gewöhnlichen possessorischen Interdicte, nicht aber durch das eigenthümliche interd. demolitorium geschützt ist.

33. Welches ist nun aber gegenüber dem unzweifelhaft richtigen Satz, daß die o. n. n. ein Besitzact ist, wodurch der Nunciant sich den Besitz des gegen-

wärtigen Zustandes erhält, die Bedeutung des Ausspruches, daß der Nunciant seinen Gegner zum *possessor* mache? In l. 1. §. 6. h. t. heißt es: in o. n. n.^e possessorem adversarium facimus und derselbe Satz wird wiederholt in l. 5. §. 10. eod.: ceterum o. n. n.^e possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. Die Ansichten gehen sowohl in Bezug auf die Frage, was das *possessorem facere* bedeute, als mit welchem Moment der Nunciat possessor werde, sehr auseinander.

Vor Hasse faßte man meist den Ausdruck possessor als Besitzer auf und zwar sollte der Nunciat im Moment der o. n. n. Besitzer werden[26]). Dem trat Hasse (a. a. O. S. 613 ff.) entgegen und suchte — mit Berufung auf die Wiedergabe dieses Satzes in den Basiliken bzgl. in der Synopsis „ὁ παραγγέλλων γίνεται ἐνάγων" (qui nunciat fit actor) — nachzuweisen, daß possessor hier nur in der Bedeutung Beklagter gebraucht sein könne. Er sah den Sinn dieses Satzes darin, daß der Nunciant durch den Nunciationsact verpflichtet sei, mit förmlicher Klage sein Widerspruchsrecht geltend zu machen: nach dieser Regel spreche die Präsumtion für die Unrechtmäßigkeit der o. n. n. und müsse Nunciant diese Präsumtion durch den Beweis seines Rechts zerstören; versuche er diesen Beweis nicht, also klage er nicht, so hebe der Prätor das Verbot auf.

Dieser Ansicht, daß der Satz sich lediglich auf das Beklagtenverhältniß beziehe und Ulpian mit demselben nur darauf hinweisen wolle, daß Nunciant im

26) Vgl. die ältere Literatur bei Stölzel S. 257. 258.

demnächstigen petitorischen Proceß die Klägerrolle übernehmen müsse, haben sich Andere angeschlossen[27]). Manche, z. B. Vangerow und Schmidt-Schwerin, finden außerdem noch den Sinn darin, daß der Nunciant durch die o. n. n. auf die possessorischen Rechtsmittel verzichte.

Dem gegenüber behaupten Schmidt (VIII. S. 31. 51.), Rudorff (IV. S. 129.) und Stölzel (S. 258. 259.), wie schon mittelalterliche Juristen[28]), daß der Unternehmer nicht schon durch den Nunciationsact, sondern erst durch Cautionsleistung possessor werde und daß das possessor Werden sich auf den durch Caution erlangten Besitz der Baubefugniß wie auf die dadurch erlangte Beklagtenrolle beziehe.

Beides leugnet neuerdings Baron (Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 484 ff.). Ulpian habe nicht an die zukünftige Klägerrolle des Nuncianten gedacht, die Bedeutung des Satzes sei, daß Nunciant die possessorischen Rechtsmittel und das Recht der Selbsthilfe verliere, und das possessor Werden in diesem Sinn trete sofort mit dem Nunciationsact ein.

Die Ansicht von Schmidt, Rudorff und Stölzel ist die allein richtige. Das possessor Werden ist erst Folge der Cautionsleistung und bedeutet, daß der cavirende Nunciat die Beklagtenrolle und die factische Baubefugniß hat.

27) Vgl. Wiederhold S. 92. Vangerow III. S. 556. Schmidt-Schwerin Gieß. Ztschr. N. F. I. S. 371 ff. Francke civ. Arch. XXII. S. 376 ff. Heimbach Rechtslex. VII. S. 594 ff. Polis a. a. O. S. 69 ff.

28) Vgl bei Stölzel S. 259.

Es ist zunächst klar, daß sofort durch den Nunciationsact der Unternehmer weder die Beklagtenrolle noch den Besitz, sei es Sachbesitz oder Besitz der Baubefugniß, erhält. Beklagter, wie Hasse will, kann er nicht durch die o. n. n. an sich werden, ein Zwang für Nuncianten zur Klaganstellung besteht nicht, das Argument Hasse's aus der angeblichen Präsumtion ist, wie später noch ausgeführt werden wird [29]), durchaus verfehlt. In dem Satz, Nunciant müsse nach der o. n. n. mit der petitorischen Klage wegen seines jus prohibendi auftreten, würde ja auch liegen, daß er das ohne alle Rücksicht auf das Verhalten des Nunciaten müsse: falls dieser aber vor Remission oder Caution baut, ist er sicher nicht possessor in diesem Sinn, Nunciant braucht nicht petitorisch zu klagen, vielmehr muß der Unternehmer, wenn er sein Baurecht durchsetzen will, dasselbe nunmehr klagend geltend machen [30]). — Ebensowenig wird der Unternehmer durch den Nunciationsact zum Besitzer. Zum Sachbesitzer nicht [31]): denn baut er in nostro, so verlieren wir durch den Einspruch allein noch nicht den Besitz des Grundstücks an den Unternehmer [32]), und baut er in suo, so wird er nicht erst durch unsere Nunciation

29) Vgl. unten Ziff. 45. bei Anm. 47.

30) Gegen die Restitution des bereits der o. n. n. zuwider Gebauten kann er sich damit natürlich nicht schützen; er kann nur klagen: jus sibi esse aedificare, nicht: jus sibi esse ita aedificatum habere (l. 1. §. 7. h. t.).

31) Von Sachbesitz kann überhaupt keine Rede sein, auch durch Cautionsleistung wird Nunciat nicht Sachbesitzer.

32) Wozu bedürfte es sonst eines besonderen interd. ne vis fiat aedificanti? Er würde sich ja dann durch das interd. uti possid. schützen können.

zum Besitzer gemacht, sondern ist es schon, ja er verliert sogar durch die o. n. n. die dem Besitzer sonst gegen Hinderungen im Bauen zustehenden possessorischen Interdicte[33]). Zum Besitzer der Baubefugniß aber wird er im Moment der o. n. n. nicht, weil ja im Gegentheil durch die o. n. n. diese Befugniß bei Strafe des interdictum demolitorium ihm entzogen ist.

Um die Ansicht, daß das possessor Werden sofort mit dem Nunciationsact eintrete, zu halten, will Baron, wie bemerkt, die Bedeutung unseres Satzes darin sehen, daß der Nunciant die possessorischen Interdicte und das Recht der Selbsthilfe verliere. Und zwar versteht er dies so: der eine Nachbar baut über die Grenze oder in den Luftraum des Nachbargrundstücks hinein; hier ist er schon juristischer Besitzer des ganzen Baues, auch des über die Grenze sich erstreckenden, er wird aber durch die Nunciation possessor in dem Sinn, daß er sich keine Veränderung gefallen zu lassen braucht, d. h. der Nunciant begiebt sich des Rechts der Selbsthilfe und der possessorischen Interdicte. Abgesehen von allem Anderen scheitert diese Erklärung an der von Baron aufgestellten Prämisse: daß die o. n. n. einen Streit zwischen zwei Nachbarn voraussetze — denn offenbar paßt das ganze Argument nicht, wenn ein beliebiger Dritter in nostro baut —, eine Behauptung, die früher bereits widerlegt worden ist[34]). Wenn Baron sich noch

33) Da die Respectirung der o. n. n. bei Strafe des interd. demol. vorgeschrieben ist, so kann der Nunciat nicht wegen der in der o. n. n. liegenden Besitzstörung possessorisch klagen. Das Argument der l. 3. §. 8. de riv. 43. 21. läßt sich hier umkehren.

34) Vgl. oben Ziff. 6. a. E.

auf l. 7. §. 3. quod vi aut cl. beruft, so ist sowohl die Annahme, daß diese Stelle von einem Fall der o. n. n. handle, als die auf diese Annahme gestützte Folgerung durchaus unhaltbar.

Nicht besser steht es mit dem zur Widerlegung der Ansicht, daß erst durch Cautionsleistung der Unternehmer possessor werde, von Baron vorgebrachten Grund. Es soll nämlich bei dieser Auffassung den Worten Ulpian's Gewalt angethan werden, indem er sage, daß wir den Gegner sofort (? das sagt er doch nicht!) durch die o. n. n. zum possessor machen, nicht aber, daß er sich selbst dazu mache durch später geleistete Caution. Ist es aber deßhalb weniger wahr, daß ich Jemanden zum Besitzer mache, weil zum Eintritt dieser Folge die Mitwirkung von seiner Seite nothwendig ist? Ohne meinen Willen, ohne meine vorausgehende Handlung würde er nicht in der Lage sein, durch seine Handlung die Folge eintreten zu lassen: gebe ich ihm also durch meine Handlung diese Möglichkeit, so bin ich es, der ihn zum Besitzer macht[35]). Wie unbegründet Baron's Einwand ist, erhellt daraus, daß derselbe Vorwurf Ulpian selbst treffen und dieser selbst seinen Worten Gewalt anthun würde. Ulpian referirt in l. 7. §. 2. quod vi aut cl. den Ausspruch Julian's:

35) Will man auf solche sprachliche Argumente ein Gewicht legen, so spricht viel mehr als dies gegen unsere, das. Folgende gegen die gegnerische Ansicht. In l. 1. §. 6 h. t. heißt es: *in* o. n. n. poss. adv. fac.; das kann aber nicht heißen „durch die o. n. n.", sondern nur „bei, infolge, bei Gelegenheit der o. n. n." — Weßhalb Mommsen in seiner Pandectenausgabe das ‚in' mit einem Fragezeichen versehen hat, ist nicht ersichtlich

— remissione autem facta intelligendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare ei, qui *satisdederit*, cum *possessor hoc ipso constituatur* —.

Damit ist klar und unzweideutig ausgesprochen, daß der Sinn des ‚in o. n. n. possessorem adversarium facimus' nicht der ist, wir machten den Unternehmer durch den Nunciationsact zum possessor, sondern daß er diese Stellung durch seine Cautionsleistung erhält. Baron sagt, diese Stelle sei nur dann Beweisargument, wenn man annehme, daß die Remission in der Regel erst nach geleisteter Caution ertheilt worden sei. Der Beweis dafür, daß das in der That so ist, wird später erbracht werden[36]). Die Baron'sche Interpretation der l. 7. §. 2. cit.[37]) ist durchaus willkürlich.

Es muß hier den späteren Ausführungen vorgegriffen und das Resultat derselben kurz angegeben werden, weil sich daraus unwiderleglich ergiebt, sowohl daß der Unternehmer erst durch die Cautionsleistung possessor wird als was die Bedeutung von possessor ist. Auf die o. n. n. stellt der Unternehmer den Antrag auf Remission. In dem darauf folgenden Verfahren vor dem Prätor muß der Nunciant seine causa nunciandi angeben. Ist die angegebene causa genügend, behauptet also Nunciant ein die o. n. n. rechtfertigendes jus prohibendi, dann ertheilt der Prätor das bedingte Remissionsdecret, welches den formellen Bann der o. n. n. aufhebt und das bedingungslos wirkende Privatverbot in

36) Vgl. unten Ziff. 53—56.

37) A. a. O. S. 512.

ein vom jus prohibendi des Nuncianten abhängiges prätorisches Verbot verwandelt. Dieses bedingte Remissionsdecret wird nur nach Leistung der cautio judicatum solvi Seitens des Unternehmers ertheilt: weigert er dieselbe, dann erfolgt translatio possessionis und diese besteht hier in dem Ausspruch nunciatio tenet, in der unbedingten Aufrechterhaltung des Bannes: er darf jetzt, ohne sich dem interdictum demolitorium auszusetzen, nicht bauen, bis er sein jus aedificandi klagend geltend gemacht hat. Leistet er hingegen die Caution, so wird das Remissionsdecret ertheilt und damit der Bann aufgehoben: jetzt nach der Cautionsleistung bezüglich nach dem Remissionsdecret darf er ohne Gefahr des interd. demol. fortbauen, ja er ist gegen factische Störungen Seitens des Nuncianten durch ein besonderes interd. ne vis fiat aedificanti geschützt. Wenn der Nunciant jetzt noch den Unternehmer am Bauen hindern und die Restitution des Gebauten erlangen will, so muß er auf Grund seines jus prohibendi als Kläger gegen den Unternehmer auftreten und in diesem Proceß sein jus prohibendi beweisen [38]).

38) Wenn feststeht, daß im Remissionsverfahren vor Ertheilung des bedingten Remissionsdecrets erst Caution geleistet werden muß, dann liefert auch l 1. §. 7. h. t. einen Beweis. Dieser §. kann sich, da er weder mit den früheren noch mit den folgenden §§. in irgend einem Zusammenhang steht, nur auf den §. 6. beziehen, und zwar enthält er eine Erläuterung desselben durch das Gegentheil (*sed si* is etc.). Er kann im Zusammenhang mit §. 6. nur sagen: infolge der o. n. n. machen wir den Gegner zum possessor, aber wenn der Gegner v o r der Remission — also vor der Caution — baut, dann

Ist das aber der Gang der Sache — und daß er es ist, wird bewiesen werden (s. §. 1673.) —, dann ist die Bedeutung unseres Satzes klar. Infolge der o. n. n. machen wir den Nunciaten zum possessor d. h. wir geben ihm durch die o. n. n. die Möglichkeit, durch Cautionsleistung im Remissionsverfahren — sowie auch durch außergerichtliche cautio ex o. n. n., denn diese ist, wie wir später gleichfalls sehen werden, der gerichtlichen Caution in dieser Beziehung vollkommen gleichgestellt — sich die Beklagtenrolle[39]) für den künftigen Proceß, in welchem Nunciant als Kläger sein jus pro-

ist er nicht nur nicht possessor, sondern es wird ihm auch die Klage denegirt. Folglich kann das possessor Werden erst nach der Remission bezüglich Caution eintreten.

39) Wenn Baron meint, Ulpian habe in l. 5. §. 10. h. t. nicht an die Klägerrolle des Nuncianten gedacht, und dafür anführt, daß der Beeinträchtigte auch beim interd. uti possid. und quod vi aut clam — welche Rechtsmittel Ulpian bei einem Bauen des Unternehmers in nostro anräth — die Klägerrolle habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß possessor keineswegs jeder Beklagte ist — am wenigsten beim interd. uti possid., wo gerade der possessor Kläger ist —, sondern nur bei dinglichen Klagen. Was speciell das interd. quod vi aut clam anbelangt, so ist zwar der Prohibent Kläger, aber doch ist die Prohibition im Falle des Bauens des Unternehmers in nostro vortheilhafter als die o. n. n.: der Nunciant wird infolge der Cautionsleistung auch hier zum Beweis seines Rechts gedrängt, der Prohibent hingegen braucht in diesem Fall den Beweis seines Rechts so wenig zu führen, wie der mit dem possessorischen Interdict Klagende. S. Anm. 42.

hibendi beweisen muß, und damit den Besitz der Baubefugniß zu verschaffen. Also possessor ist zugleich Beklagter und Besitzer der Baubefugniß. Das letztere ist eine nothwendige Folge des definitiv als possessor (Beklagter) constitutus Seins: denn auch ohne o. n. n. hat der die cautio judicatum solvi Leistende und damit die Beklagtenrolle sich definitiv Verschaffende diese Befugniß. Ist aber der Nunciat infolge seiner Cautionsleistung im Besitz der Baubefugniß und darin durch ein besonderes interd. ne vis fiat aedificanti gegen Störungen des Nuncianten geschützt, so hat nunmehr der Nunciant auch die Möglichkeit verloren, im Wege der Selbsthilfe dem opus entgegenzutreten sowie das interdictum uti possidetis anzustellen. Gegen die Selbsthilfe schützt den Unternehmer eben das interd. ne vis f. aedif., und das interd. uti possid. kann gegen den Unternehmer, den der Prätor durch das interd. ne vis f. aedif. im Bauen schützt, nicht dahin gegeben werden, daß er durch sein Bauen den Besitz des Nuncianten nicht stören solle[40]). Auch kann die durch die Caution einmal festgestellte Beklagtenrolle des Unternehmers nicht wieder durch das interd. uti possid. in Frage gestellt werden. Insofern liegt in unserem Satz also auch, daß der Nunciant infolge der o. n. n. das Recht der Selbsthilfe und der possessorischen Interdicte verliert: es ist das aber nicht, wie Baron will, die Folge der o. n. n. selbst, sondern erst der Cautionsleistung.

40) So wenig wie vorher der Unternehmer gegen die o. n. n. das interd. uti possid. anstellen kann. Siehe bei Anm. 33.

Nunmehr ist auch die Warnung Ulpian's in l. 5. §. 10. h. t. verständlich:

> Meminisse autem oportebit, quotiens quis *in nostro* aedificare vel in nostrum immittere vel projicere vult, melius esse eum per praetorem vel per manum, id est lapilli ictum prohibere quam operis novi nunciatione: ceterum o. n. n.^e possessorem eum faciemus, cui nunciaverimus. At si *in suo* quid faciat, quod nobis noceat, tunc operis novi denunciatio erit necessaria. Et si forte in nostro aliquid facere quis perseverat, aequissimum erit interdicto adversus eum quod vi aut clam aut uti possidetis uti.

Wenn wir dem Unternehmer durch o. n. n. die Möglichkeit geben, sich durch Cautionsleistung die günstige Beklagtenrolle und die durch ein Interdict geschützte Baubefugniß zu verschaffen, so thun wir offenbar dann nicht gut daran, zu nunciiren, wenn wir den Unternehmer auf eine andere Weise, wobei diese für uns nachtheiligen Folgen nicht eintreten, hindern können. Das ist der Fall, wenn Jemand *in nostro* — worunter Eigenthum und Besitz verstanden ist — baut. Einem solchen gegenüber können wir Selbsthilfe anwenden[41]) oder wegen der Besitzstörung das interd. uti

41) Das Recht der Selbsthilfe ist in diesem Fall zweifellos, mag man mit Baron (S. 483. A. **) annehmen, daß ‚per manum *vel* (statt id est) lapilli ictum' zu lesen sei, (vgl. auch Windscheid §. 465. A. 18. a. E. Siehe die folgende Anmerkung a. E.), oder die

possid. (per praetorem prohibere) auswirken oder auch von der außergerichtlichen Prohibition, deren Nichtachtung das interd. quod vi aut clam erzeugt, Gebrauch machen. Diese Rechtsmittel schützen uns hier genügend, ohne die Nachtheile der o. n. n. im Gefolge zu haben: der Unternehmer muß, wenn er ihnen gegenüber doch fortbauen will, sein angebliches Recht als Kläger geltend machen und darf inzwischen nicht fortfahren. Diese Vortheile verlieren wir, wenn wir nunciiren. Auch der im Besitz befindliche Eigenthümer muß sich auf seine o. n. n. hin gefallen lassen, daß der Unternehmer durch Cautionsleistung die Beklagtenrolle und den gegen fernere Störungen geschützten Besitz der Baubefugniß erwirbt, während er doch auch ohne o. n. n. das Bauen hindern und die Klage des Unternehmers wegen seines angeblichen Rechts in der günstigen Stellung des Beklagten erwarten konnte. Das, was man durch die o. n. n. erlangt, das interd. demolitorium, braucht man nicht, weil man durch Selbsthilfe und interd. uti possid. genügend geschützt ist, und das, was man ohne die o. n. n. hat, Selbsthilfe und interd. uti possid., verliert man zugleich mit dem, was man durch die o. n. n. erlangt hatte, indem durch die Cautionsleistung die Möglichkeit der Selbsthilfe und des interd. uti possid. ebenso wie das interd. demol. wegfällt.

Lesart der Handschriften festhalten. Im ersten Fall ist mit dem per manum die Selbsthilfe ausdrücklich genannt, im letzteren nicht: daß aber die Selbsthilfe zulässig ist, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. l. 29. §. 1. ad leg. Aquil. 9. 2.

Daher ist es unzweifelhaft hier besser, sich der o. n. n. nicht zu bedienen[43]).

42) Inwiefern Selbsthilfe und interd. uti poss. besser sind, als die o. n. n., ist hiernach klar. Nun soll aber auch das prohibere per lapilli ictum, also die außergerichtliche Prohibition überhaupt — die specielle Prohibitionsart per lap. ictum ist nur genannt, um dieses prohibere in Gegensatz zu dem prohibere per praetorem zu setzen — in diesem Fall des Bauens in nostro für uns vortheilhafter sein als die o. n. n. Die Beantwortung der Frage, worin hier der Vorzug der Prohibition liegt, hängt von der Ansicht ab, die man über die Grundsätze des interd. quod vi aut clam hat. M. E. wird bei einem facere in nostro wie dieser erste Theil der l. 5. §. 10. cit. es voraussetzt — wo der Prohibent Eigenthümer und Besitzer ist — der Prohibirte verurtheilt, ohne daß Kläger den Beweis seines Eigenthums zu führen hat: der verbotwidrige Eingriff in den factisch bestehenden Zustand, in den Besitz des Prohibenten, genügt zur Begründung des Interdicts, und der Unternehmer hat regelmäßig weder das Recht der Cautionsleistung noch darf er die exceptio eines jus faciendi vorschützen. Der Beweis dieser Sätze und die Erörterung der verschiedenen Gestaltungen, die hierbei vorkommen können, ist hier nicht möglich, ich behalte mir die Ausführung und Begründung an einem andern Ort vor. Wenn aber der in nostro Bauende und unserer Prohibition sich nicht Fügende mit dem interd. quod vi aut clam zur Restitution angehalten werden kann, ohne daß wir mehr als den Beweis des verbotwidrigen Eingriffs in den factisch bestehenden Zustand zu erbringen haben und ohne daß der Gegner das Recht der Cautionsleistung und der Berufung auf ein jus faciendi hat, so ist auch die prohibitio besser als die o. n. n.: denn bei der letzteren wird der Unternehmer infolge der ihm gestatteten Caution Beklagter und

Anders in dem Fall, wenn der Unternehmer *in suo* baut[43]), wo wir also wegen einer Servitut den

Nunciant muß nun sein Recht beweisen, dem gegenüber Unternehmer die Einrede seines jus faciendi vorschützen kann. — Windscheid §. 465. A. 18. a. E. meint, die Worte id est per lapilli ictum seien Glossem und die Stelle spreche in ihrem ersten Theil gar nicht vom interd. quod vi aut clam, sondern von Selbstvertheidigung und interd. uti possidetis. Der Grund für die Annahme eines solchen Glossems, für die es an jedem Anhalt fehlt, indem alle Handschriften diese Worte haben — vgl. auch die Basiliken: *διὰ λίθου βολῆς* — liegt wohl darin, daß bei den gewöhnlichen Auffassungen nicht erhellt, inwiefern die Prohibition hier besser ist als die o. n. n. Die Erklärung, die Windscheid von dem Schlußsatz unserer Stelle giebt, ist unhaltbar. „Will aber Jemand nicht von seinem Besitzthum ein erst zu errichtendes Werk abhalten, sondern aus seinem Besitzthum ein errichtetes entfernen („facere peseverat" — der Gegner hat also schon etwas gethan), so hilft ihm natürlich weder Selbstvertheidigung [? vgl. l. 29. §. 1. ad leg. Aquil. 9. 2.] noch o. n. n., sondern er muß dann zu dem interd. quod vi aut cl. oder dem interd. uti poss. greifen." Der Schlußsatz erklärt sich vielmehr im Zusammenhang mit dem Anfang so: wenn der Gegner in nostro etwas zu bauen beginnt, dann thun wir besser, ihn außergerichtlich durch Prohibition i. e. S. oder gerichtlich durch Antrag auf Erlaß eines prohibitorischen Befehls, des interd. uti poss., zu verhindern: „fährt er aber trotzdem fort, d. h. achtet er weder das Privatverbot noch das prätorische, dann müssen wir die Mittel brauchen, die für den Fall solcher Richtachtung gegeben sind, nämlich dort (prohibere per manum i. e. lap. ictum) das interd. quod vi aut clam, hier (prohib. per praetorem) das interd. uti possid. d. h. die Klage aus dem Interdict wegen des post interdictum redditum Gemachten."

43) In suo d. h. hier: wirklich nur in suo, auch ohne

Bau hindern wollen. Selbsthilfe, die hier eine offensive wäre, ist in diesem Fall nicht gestattet, und ebensowenig haben wir die Möglichkeit, uns durch das interd. uti poss. zu schützen: denn der Besitz derjenigen Servituten, die vorzugsweise das Recht zur o. n. n. geben, nämlich der auf ein non facere des Pflichtigen gerichteten, wie servitus altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiatur u. s. w.[44]), ist im römischen Recht der richtigen Ansicht nach nicht durch possessorische Interdicte geschützt[45]). Wenn aber der Beeinträchtigte das Recht der Selbsthilfe und das interd. uti poss. gar nicht hat, so kann er sie auch durch o. n. n. nicht verlieren, und da der Unternehmer in diesem Fall (facere in suo) auch ohne o. n. n. die Beklagtenrolle und Baubefugniß hat, so erleidet der Beeinträchtigte durch

Uebergriff in das Nachbargebiet. Denn wenn er zwar in suo baut, damit aber zugleich eine Immission in unser Gebiet verbunden ist, so fällt das unter den ersten Fall: facere in nostro vel immittere in nostrum.

44) Anders bei den positiven Servituten wie servitus oneris ferendi, die im Besitz des praedium dominans mitbesessen werden: hier findet allerdings Besitzschutz statt. Aber eine gegen solche Servituten verstoßende Bauthätigkeit fällt auch nicht unter den Begriff des facere in suo in diesem Sinn (vgl. die vorige Anmerkung): wenn der Nachbar die meine Mauer tragende Mauer oder mein in seinen Luftraum hineinragendes protectum zerstört, handelt er zugleich in nostro (vgl. auch l. 29. §. 1. ad leg. Aquil.: quod hic in *suo* protexit).

45) Bekanntlich ist dies sehr bestritten. Vgl. Windscheid §. 164. A. 15. Für die richtige Ansicht — Unzulässigkeit der possessorischen Interdicte — spricht unsere l. 5. §. 10. h. t.

Anwendung der o. n. n. keinen Nachtheil. Ja hingesehen auf die Unzulässigkeit der Selbsthilfe und possessorischen Interdicte ist die o. n. n. hier wirklich nothwendig. Nun wird im ersten Theil unserer Stelle, beim facere in nostro, auch die Prohibition als vortheilhafter als die o. n. n. genannt. Es könnte daher, wenn Ulpian beim facere in suo die o. n. n. als necessaria bezeichnet, scheinen, als ob in diesem Fall wie Selbsthilfe und interd. uti poss. so auch die Prohibition unzulässig wäre. Das ist aber nicht der Fall, das interd. quod vi aut clam geht auch gegen den in suo Handelnden[46]). Der Beeinträchtigte hat daher neben der o. n. n. auch noch die Möglichkeit der prohibitio und die o. n. n. ist demnach nicht absolut necessaria. Wohl aber ist sie diesem Rechtsmittel gegenüber relativ necessaria, insofern als, wenn der Beeinträchtigte dem in suo Bauenden gegenüber den Vortheil haben will, daß derselbe sofort sistiren muß, widrigenfalls gegen ihn die Klage auf Restitution ohne den Beweis eines Rechts des Verbietenden geht, dies nur durch o. n. n. erreicht werden kann. Denn in diesem Fall, wo der Unternehmer in suo, auf dem von ihm besessenen und ihm eigenthümlich gehörigen Grundstück baut, der Einsprechende also nur auf Grund einer Servitut Einspruch erhebt, muß beim interd. quod vi aut clam der Kläger den Beweis seines Servitutrechts führen[47]). Bei der o. n. n.

46) Vgl. l. 13. pr. §. 6. 7. quod vi aut cl. l. 6. quib. mod. usufr. 7. 4. l. 6. §. 1. si serv. vind. 8. 5. l. 21. de a. pl. a. 39. 3.

47) Es muß hier die Bezugnahme auf l. 21. de a. pl. a. 39. 3. — wonach derjenige, der in suo die Wasseradern einer auf dem Nachbargrundstück entspringenden Quelle untergräbt, nicht vi handelt und sich dem in-

hingegen hat der Nunciant, ohne sich durch Verlust eines Vortheils, einem Nachtheil auszusetzen, den Vortheil, daß bei Ignorirung des Verbots der Unternehmer durch interd. demolitorium zur Restitution ohne Beweis des Rechts zur Verhinderung gezwungen wird. Insofern ist die o. n. n. zweckmäßiger als die prohibitio und relativ nothwendig.

Der Ausspruch Ulpian's, daß beim Bauen in nostro die o. n. n. unzweckmäßig, beim Bauen in suo aber nothwendig bezüglich zweckmäßig sei, ist also durchaus begründet.

§. 1672 a.

2. Wirkung der Contravention. Interdictum demolitorium.

a. Kläger und Beklagter.

84. Das Verhalten des Unternehmers gegenüber der o. n. n. kann ein verschiedenes sein: er kann sich dem Einspruch fügen und die denselben veranlassende Thätigkeit definitiv einstellen, oder er kann unter vorläufiger Respectirung des Verbots Schritte thun, um sich von dem Bann zu befreien, sei es, daß er einen Remissionsantrag stellt oder außergerichtlich Caution leistet, sei es, daß er mit der Klage aus seinem jus faciendi auftritt, oder er kann endlich die o. n. n.

terd. quod vi aut clam nicht aussetzt, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, — genügen. Der weitere Beweis für diesen Unterschied zwischen dem facere in suo und in nostro beim interd. quod vi aut clam kann hier nicht erbracht werden, es würde das ein zu weit führendes Eingehen auf die Grundsätze dieses Interdicts erfordern.

ganz unberücksichtigt lassend das opus fortsetzen. Mit dem letzteren Fall, dem der Contravention gegen das noch bestehende Verbot, haben wir uns hier zu beschäftigen.

Das Fortbauen vor Remission oder Caution wird als ein facere contra edictum bezeichnet (l. 20. §. 1. h. t.) und so betrachtet, als wäre gegen einen jussus praetoris gehandelt. Es ist gewissermaßen das imperium des Prätors dem Nuncianten delegirt[48]), nur mit der Abweichung, daß, während der Prätor regelmäßig seinen Befehl nur bedingt ausspricht und an die Existenz gewisser vom Impetraten geleugneten Voraussetzungen knüpft, der Nunciant sein Verbot voraussetzungslos ergehen läßt — eine Abweichung, die, wie wir sehen werden, wesentlich zur Aufklärung über die Bedeutung des Remissionsverfahrens dient. Wie daher aus dem bedingten prätorischen Befehl die Verpflichtung für den Impetraten hervorgeht, diesem Befehl Gehorsam zu leisten, falls die Voraussetzungen desselben vorhanden sein sollten, so erwächst aus dem bedingungslosen Privatverbot der o. n. n. die Obliegenheit, bedingungslos den Befehl zu respectiren und mit dem Bau inne zu halten. Die Folge des Verstoßes gegen diesen Befehl und der Verletzung dieser Obliegenheit ist die Entstehung einer Obligation auf Restitution des nach der Nunciation Gemachten; es wird dies, selbst wenn der Unternehmer materiell dazu berechtigt ist, doch als nullo jure factum angesehen (l. 1. pr. l. 20. §. 1. 3. 4. h. t.).

Das der o. n. n. eigenthümliche Organ, durch

48) Vgl. oben Ziff. 8. Anm. 24.

welches dieses formelle Unrecht verfolgt wird, ist ein besonderes restitutorisches Interdict, das schon von der Glosse so genannte *interd. demolitorium*[49]). Die Formel dieses Interdicts ist uns aufbewahrt in l. 20. pr. h. t.:

'Quem in locum nunciatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nunciatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.'

Demnach sind die Voraussetzungen einmal, daß eine Nunciation, natürlich eine formell giltige, vorgenommen, und dann, daß vor der Remission oder was dieser gleichsteht der Nunciation zuwider gehandelt ist. Die Folge beim Vorhandensein dieser Voraussetzungen ist, daß der Beklagte restituiren muß. Wir müssen nunmehr die Person des Klägers und des Beklagten, den Erfolg der durchgeführten Klage, also insbesondere den Umfang der Verpflichtung des Beklagten, ferner die

49) Daneben giebt es allerdings noch andere Rechts- und Zwangsmittel. So insbesondere das interd. quod vi aut clam (l. 7. §. 2. quod vi a. cl. l. 17. h. t.), welches nicht nur insofern neben dem interd. demol. von Bedeutung ist als es wegen der Contravention gegen das Privatverbot auch dann zusteht, wenn gewisse Voraussetzungen für die Giltigkeit der o. n. n. nicht vorliegen, sondern auch insofern als es hinsichtlich des clam factum über das interd. demol. hinausgeht. Auch wird das verbotwidrige Bauen insofern gestraft, als dem Nunciaten, der nach Fortsetzung des opus sein jus ita aedificatum habere klagend geltend machen will, die Klage zunächst denegirt und doch gegen ihn das interd. demol. gegeben wird (l. 1. §. 7. h. t.).

klagbegründenden Thatsachen und den Beweis des Klägers sowie die etwaigen Einreden und den Gegenbeweis des Beklagten näher bestimmen.

35. I. Kläger.

Die impersonell gefaßten Worte der Formel ‚quem in locum nunciatum est' lauten insofern zu allgemein, als keineswegs — zu welcher Annahme diese Fassung an sich berechtigen würde — jeder beliebige Dritte, wenn von irgendwem eine o. n. n. vorgenommen ist, mit dem Interdict auftreten kann. Aber doch hat diese Fassung ihren guten Grund, indem dadurch nicht blos der Fall, wenn der zur Nunciation Berechtigte in eigner Person nunciirt hat, sondern auch der Fall des Einspruchs des Procurators, Tutors, Curators, Erblassers mitumfaßt wird. Auch hinsichtlich der o. n. n. jur. publici t. c. ist sie von Bedeutung, weil hier das Interdict — ebenso wie die im Hintergrund stehende Klage — ein populares ist, und man gewiß mit Schmidt (a. a. O. VIII. S. 25.) behaupten muß, daß, wenn der ursprüngliche Nunciant zögert, jeder andere Bürger als Vertreter des Staats aus der von jenem vorgenommenen Nunciation das interd. demol. anstellen kann[50]). Bei der im Privatinteresse geschehenen Nunciation ist natürlich nur derjenige legitimirt, der entweder für sich selbst nunciirt hat oder für den von einem Vertreter nunciirt worden ist. Ueber die weitern Fragen nach den Voraussetzungen in der Person des

50) Wenigstens in dem Fall, wo die Klage zum Schutz der res publicae eine populare im engern Sinn ist. Siehe oben Ziff. 26.

Nuncianten, über seine persönliche Fähigkeit zur o. n. n. und über das dem Einspruch zu Grund liegende materielle Verhinderungsrecht ist später bei Betrachtung der klagbegründenden Thatsachen zu handeln.

Außer dem Nuncianten selbst sind auch seine Erben zur Anstellung des Interdicts berechtigt[51]), die Fassung ‚nunciatum est' schließt sie mit ein. Es ist dieser Uebergang des Interdicts auf die Erben kein Widerspruch gegen den in l. 8. §. 6. h. t. enthaltenen Satz: morte ejus qui nunciavit extinguitur nunciatio, denn dieser sagt nur, daß der durch die o. n. n. bewirkte Bann durch Tod des Nuncianten vor der Contravention erlischt, während es sich hier um den Fall handelt, wo der Nunciant erst nach der Contravention stirbt: das durch die Contravention einmal begründete Interdict geht nach allgemeinen Grundsätzen auf die Erben über.

Ein Singularsuccessor des Nuncianten kann hingegen das Interdict nicht ohne weiteres anstellen. Zwar nennt Ulpian in l. 20. §. 6. cit. neben dem Erben auch die ceteri successores, nach dem Sprachgebrauch der Römer bezeichnet aber dieser Ausdruck in der Zusammenstellung heredes ceterique successores nur die Universalsuccessoren[52]). Daß der Singularsuccessor das Interdict nicht hat, wenn nach der Veräußerung das opus fortgesetzt wird, sagt die oben citirte l. 8. §. 6. h. t., indem in diesem Fall wie durch Tod so

51) L. 20. §. 6. h. t.: hoc interdictum — heredi ceterisque successoribus competit.

52) Vgl. Savigny Syst. III. S. 18. N. m. Schmidt Interdictenverf. S. 137. A. 3.

auch durch Veräußerung der Bann erlischt. Für den Fall der Veräußerung nach der Contravention nimmt Rudorff (a. a. O. IV. S. 152.) einen Uebergang des Interdicts auf den Successor an. Dagegen spricht jedoch schon der Umstand, daß Ulpian bei seiner Interpretation des Edicts nur die Universalsuccessoren als klagberechtigt anführt, damit also stillschweigend die Singularsuccessoren ausschließt. Auch gehört ja das bereits begründete Interdict zum Vermögen des Nuncianten und bildet bei einer Veräußerung des Grundstücks, zu dessen Gunsten nunciirt war, an sich nicht den Gegenstand der Uebertragung, sondern bleibt beim Veräußerer zurück. Ein Beweis dafür liegt auch in der hier unbedenklich zulässigen Analogie des beim interd. quod vi aut clam Geltenden[53]). In der That hat auch der Käufer wegen des vor dem Verkauf Gemachten mit vollem Grund keinen Anspruch: denn er kauft das Grundstück in dem Zustand, in dem es sich zur Zeit des Kaufs befindet und in dem er es selbst gesehen hat oder doch sehen konnte, und darum hat er auch, wie l. 11. §. 8. cit. hinzufügt, keinen Anspruch ex emto gegen den Verkäufer[54]). Nur infolge Cession kann der

53) Vgl. l. 11. §. 8. quod vi a. cl. 43. 24.

54) Wird nach der Tradition gebaut, so ist die alte o. n. n. erloschen und der neue Eigenthümer hat nur das Recht zu einer neuen selbständigen Nunciation; wird nach dem Verkauf, aber vor der Tradition gebaut, so ist für den Verkäufer das Interdict begründet; da aber vom Augenblick des Kaufabschlusses an das commodum auf den Käufer übergeht, so haftet ihm der Verkäufer ex emto auf Cession der Klage arg. l. 11. §. 9. quod vi aut cl. 43. 24.

Singularsuccessor zur Anstellung des Interdicts befugt sein[55]).

Wenn von mehreren Miteigenthümern nur einer nunciirt hat, so ist nur dieser klagberechtigt, nicht etwa auch die übrigen (unius nunciatio omnibus non sufficit, l. 5. §. 3. h. t.), obgleich natürlich, wenn infolge des Interdicts des Nunciirenden das opus beseitigt wird, ihnen das Resultat des durchgeführten Interdicts factisch zu gute kommt. Hat Jeder nunciirt, so hat Jeder die Klage selbständig. Kommt es auf die Klage hin zur condemnatio pecuniaria, so hat Jeder nur Anspruch auf sein specielles Interesse[56]), während durch Naturalrestitution auf die Klage des einen hin auch die Ansprüche der übrigen befriedigt sind. — Das Gleiche gilt in dem Fall, wenn mehrere Nunciationsberechtigte anderer Art, z. B. Eigenthümer und Superficiar, Eigenthümer und Emphyteuta, Superficiar und Pfandgläubiger u. s. w. vorhanden sind. Aus der Nunciation des Einen erlangt der Andere an sich keine Rechte; hat aber Jeder nunciirt, so hat auch jeder eine selbständige Klage wegen der Contravention[57]).

55) Vgl. Stölzel S. 212. 213.

56) Vgl. auch unten Ziff. 65. bei Anm. 88. und Ziff. 66. bei Anm. 1.

57) Ueberhaupt geht im Fall einer solchen mehrfachen Nunciation jede Nunciation ihre eigenen Wege. Durch Tod des einen Nuncianten sowie Veräußerung des Grundstücks Seitens desselben erlischt nicht auch die Nunciation der Uebrigen. Ebensowenig durch Remission gegenüber dem Einen: plures nunciationes esse necessarias et consequenter plures remissiones (l. 5. §. 16. h. t.); auch Cautionsleistung an den

36. II. Beklagter.

Auch die Person des Beklagten für das interd. demol., des Schuldners in der Obligation auf Restitution, ist in der Formel des Interdicts impersonell und unbestimmt bezeichnet. Es heißt nicht: tibi nunciatum est und fecisti, sondern: nunciatum est, ne quid o. n. fieret und factum est. Die Obliegenheit des Beklagten wird durch das gleichfalls unbestimmte und mehrdeutige Wort restituas ausgedrückt.

Betrachten wir zunächst den Inhalt der durch die Contravention entstehenden Obligation. Worin besteht die Restitutionspflicht? Da das restituere in der Formel nicht näher bestimmt ist, müssen wir auf die allgemeine Bedeutung dieses Ausdruckes zurückgehen. Bekanntlich bedeutet restituere sowohl Herausgeben einer Sache an eine Person als auch das Zurückbringen einer Sache in ihren früheren Zustand. Im ersten Fall lautet die Formel: id illi restituas, im letzteren: id restituas[58]). Mit einem Fall der letzteren Art haben wir es hier zu thun: es soll das Grundstück, zu dessen Gunsten nunciirt ist, in den Zustand zurückgebracht werden, in welchem es sich zur Zeit des erhobenen Einspruchs befand. Das rem restituere in diesem Sinn hat aber wieder eine mehrfache Bedeutung. An sich liegt in dem Befehl zu restituiren die positive Verpflichtung, daß Beklagter es durch seine eigene Thätigkeit, also auch auf eigene Kosten thue. Diesen Umfang hat die Restitutionspflicht unzweifelhaft dann, wenn

Einen genügt nicht zur Aufhebung der übrigen Nunciationen (l. 21. §. 6. h. t.).

58) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 32. ff.

der Beklagte derjenige ist, der selbst als der Urheber der zu beseitigenden Anlage erscheint: ein Grund, von der sprachlichen Bedeutung des restituere abzuweichen, liegt hier nicht vor. Anders, wenn der Beklagte, wie dies bei manchen restitutorischen Interdicten möglich ist, nicht der Thäter, sondern ein dritter Besitzer ist, der lediglich deßhalb haftet, quia factum habet. Obgleich hier die Formel gleichfalls lautet: restituas, so wird doch darin nicht jene positive Verpflichtung gefunden, sondern nur die negative, die patientia tollendi zu prästiren. Diese Unterscheidung ist klar ausgesprochen in l. 2. §. 43. ne quid in l. publ. 43. 8.:

‚Restituas' inquit. Restituere videtur, qui in pristinum statum reducit: quod fit, sive quis tollit id quod factum est vel reponat quod sublatum est. Et interdum suo sumtu: nam si ipse, quo qui interdixit, fecerit, vel jussu ejus alius, aut ratum habitum sit quod fecit, ipse suis sumtibus debet restituere: si vero nihil horum intervenit, sed habet factum, tunc dicemus patientiam solam eum praestare debere.

und eine Anwendung hiervon enthält die l. 22. h. t.:

— debet heres ejus patientiam destruendi operis adversario praestare —.

Was nun die Person des **Beklagten** bei unserem Interdict anbelangt, so kann zunächst derjenige *qui fecit et possidet* mit dem Interdict belangt werden und zwar auf **Restitution im vollen Umfang**, also auf eigene Kosten, und dies **ohne Rücksicht darauf, ob er Kunde von der** *o. n. n.* **hatte oder nicht.**

Mit Unrecht hat man letzteres bestritten. Auf Grund des in l. 22. cit. zur Motivirung der Haftpflicht des

Erben ad patientiam destruendi ausgesprochenen Satzes ‚in restituendo hujusmodi opere ejus, qui contra edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit‘ haben ältere Schriftsteller[59]) sogar behauptet, daß der der o. n. n. Zuwiderhandelnde überhaupt nur dann dem interd. demol. hafte, wenn er Kunde von dem Einspruch erhalten habe. Da diese Ansicht mit dem Satz, daß nunciatio in rem fit, non in personam, daß es sufficit in re praesenti o. n. n. factam sic ut domino possit renunciari und daß etiam adversus absentes et invitos et ignorantes o. n. n. procedit, in directem Widerspruch steht, wurde dieselbe bald verworfen und der richtige Satz aufgestellt, daß der Nunciat der rechte Beklagte auch dann sei, wenn er keine Kunde von der o. n. n. erhalten habe. Um aber dem Ausspruch ‚in restituendo opere poena versatur‘ gerecht zu werden, machte man eine vom interd. quod vi aut clam hergenommene Unterscheidung dahin, daß der Beklagte bei erlangter Kunde von dem Einspruch für Restitution auf eigene Kosten, bei mangelnder Kunde aber nur ad patientiam destruendi hafte[60]), und diese Ansicht wird noch in neuerer Zeit z. B. von Hasse (S. 600. ff.) und Schmidt (VIII. S. 37.) vertreten. Sie ist jedoch nicht haltbarer als die erste. Die Analogie des interd. quod vi paßt deßhalb nicht, weil dieses Interdict überhaupt nur begründet ist, wenn der Thäter Kunde von der Prohibition gehabt hat, während das interd. demol. gerade ohne Rücksicht auf erlangte Kunde zusteht. Die Argumentation aber, daß die römischen

59) Vgl. bei Stölzel S. 217.
60) Vgl. bei Stölzel S. 218.

Juristen gerade nur in der Verpflichtung zur Restitution auf eigene Kosten eine Strafe für das dem Edict Zuwiderhandeln sähen, das Interdict also in diesem Fall eine obligatio ex delicto verfolge, welche ohne ein Verschulden nicht denkbar sei, und daß daher der Bauende nur dann in diesem Grade verhaftet sein könne, wenn er entweder von der Nunciation Kenntniß gehabt oder durch eigene Nachlässigkeit keine Kenntniß erlangt habe, ist unrichtig. Vielmehr ist überhaupt das infolge des facere contra edictum eintretende Restituirenmüssen ohne Rücksicht auf das materielle Recht eine poena und dieses facere contra edictum im Sinn des interd. demol. ist vorhanden, mag den Handelnden der Vorwurf eines Verschuldens treffen oder nicht. So wird in l. 6. §. 12. comm. div. 10. 3. überhaupt die Verurtheilung aus dem interd. demol. klar und deutlich als poena bezeichnet: wenn einer der socii wegen der Contravention gegen den einem von ihnen gegenüber erhobenen Einspruch verurtheilt wird, so kann er eam *poenam* pro parte a socio servare. Davon, daß diese poena nur in den Kosten des Restituirens bestehe und der Beklagte nur den entsprechenden Theil dieser Kosten vom socius fordern könne, enthält die Stelle kein Wort. Und wenn es in l. 22. cit. heißt: weiter als bis zur Haftung für patientia destruendi solle der Erbe nicht in die poena succediren, so ist danach doch auch das patientiam praestare eine poena, eine poena, die unter Umständen, insbesondere wenn es sich um das Einreißen eines errichteten Gebäudes handelt, nicht viel weniger hart ist als das Restituiren suis sumtibus. Danach ist poena hier überhaupt nicht im eigentlichen Sinn als Strafe eines Delicts gemeint, sondern bezeichnet nur den

Nachtheil, der den contra edictum Handelnden trifft: in diesen Nachtheil soll der Erbe des Handelnden nicht weiter succediren als ad patientiam destruendi. Auf das Wissen von der o. n. n. kommt es für die Haftpflicht in dem höheren Maße ebensowenig an, wie für die Haftpflicht ad patientiam destruendi[61]). Einen Beweis dafür bietet auch die im Folgenden näher zu erörternde l. 5. §. 5. h. t.: die einem socius gegenüber vorgenommene o. n. n. bindet alle, und derjenige, der ihr zuwiderhandelt, mag er es sein, dem gegenüber der Einspruch erhoben ist oder nicht, haftet für Restitution in vollem Umfang, die übrigen nur ad patientiam[62]); daß der Bauende nur dann in vollem Umfang hafte, wenn er Kunde erhielt oder erhalten konnte, sonst aber gleichfalls zu denen gehöre, qui non tenebuntur d. h. nur ad patientiam haften, ist mit keinem Wort angedeutet, und doch hätte das gerade hier hervorgehoben werden müssen. Ueberhaupt wäre es doch im höchsten Grad auffällig, wenn eine derartige Beschränkung des Satzes nunciatio in rem fit und sufficit o. n. n. factam sic ut domino possit renunciari nirgends ausgesprochen wäre[63]).

61) Vgl. auch die gegen diese Ansicht gerichteten Ausführungen Stölzel's S. 218. ff.

62) Vgl. unten sub 1. S. 205 ff. b. Auch Hasse (S. 605.) und Schmidt (S. 37. A. 33.) verstehen das non tenebuntur in dieser Weise.

63) Hasse (S. 601.) sieht sich infolge seiner Ansicht genöthigt, Präsumtionen aufzustellen, wonach bald das Wissen präsumirt wird, zum Theil mit Ausschluß des Gegenbeweises, bald das Nichtwissen!

37. Nicht minder bestritten ist die Frage, ob auch derjenige rechter Beklagter ist, *qui fecit nec possidet* und der, *qui possidet nec fecit*, und wie weit sich in dem einen und andern Fall eventuell die Haftpflicht erstreckt. Die Frage ist also die, welche Wirkung ein Besitzwechsel in der Person des Nunciaten hat. Dabei sind zunächst zwei Hauptfälle zu unterscheiden.

1) Der Nunciat hat schon der o. n. n. zuwider gehandelt und besitzt dann nicht mehr. Dabei ist wieder die doppelte Möglichkeit: daß er entweder stirbt und nun sein Erbe Besitzer des inhibirten opus wird, oder daß er das betreffende Grundstück veräußert.

a) Für den Fall, daß der Nunciat, nachdem er selbst schon das opus fortgesetzt, also das Interdict gegen sich begründet hat, stirbt, ist in der oben citirten l. 22. h. t. und in l. 20. §. 8. eod.[64]) eine Haftpflicht des Erben in beschränktem Umfang, auf patientia destruendi und wegen dessen, quod ad eum pervenit[65]), anerkannt. Die Verpflichtung zur Prästation der patientia destruendi trifft ihn natürlich nur als Besitzer des opus, die Verpflichtung, das quod ad eum pervenit herauszugeben, ist hingegen von seinem Besitz unabhängig, sie tritt an die Stelle der Verpflichtung des Erblassers, dem Kläger das ganze Interesse zu ersetzen[66]).

64) In id quod ad eum pervenit dumtaxat dari vel si quid dolo malo ipsius factum sit, quominus perveniret. — Daß in dieser Stelle eine actio in factum neben dem Interdict gegeben wird, ist ohne practische Bedeutung. Vgl. Schmidt a. a O. VIII. S. 36.

65) Vgl. Hasse a. a. O. S. 601.

66) Daß auch dieser Sinn mit dem restituas verbunden

Dieser Umstand und der damit zusammenhängende Satz, daß die Restitutionspflicht keineswegs überall von der Möglichkeit der factischen Restitution abhängig ist, zeigt zugleich, daß das Interdict gegen den das opus Errichtenden auch dann geht, wenn er bei Erhebung desselben den Besitz nicht mehr hat[67]). Allerdings haben wir hierfür kein ausdrückliches Zeugniß[68]). Auf der andern Seite fehlt es aber auch an einem ausdrücklichen Ausspruch, daß in der Person des Beklagten Besitz verlangt werde. Zwar behauptet dies Baron (Krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 529.) unter Berufung auf l. 18. §. 1. und l. 23. h. t. Die erste Stelle sagt aber nach dem Zusammenhang des §. 1. mit dem princ. nur, es mache in Bezug auf die Zulässigkeit des Interdicts nichts aus, daß der dem Verbot zuwiderhandelnde socius nicht Eigenthümer des ganzen Grundstücks ist: er kann sich damit nicht entschuldigen, sondern da er zugleich Thäter und Besitzer ist und als Besitzer die factische Möglichkeit zu restituiren hat, so haftet er. Und in der letzteren Stelle wird mit den Worten: is demum obligatus est qui eum locum possidet, in quem o. n. nunciatum

ist, unterliegt keinem Zweifel. Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 37. ff.

67) Wenn also z. B. von einem dritten Besitzer des opus blos die patientia destr. prästirt und das opus auf Kosten des Nuncianten destruirt ist, so kann dieser mit dem interd. demol. den ursprünglichen Nunciaten, der das Verbot nicht beachtet hat, auf Ersatz der aufgewandten Kosten belangen.

68) Die von Stölzel S. 223. angeführte l. 20. §. 7. und l. 8. §. 7. h. t. können als solches nicht betrachtet werden.

est, nicht etwa der Besitz als Voraussetzung für die Haftpflicht hingestellt, sondern nur der Satz motivirt, daß, wenn Jemand das mit dem Bann der o. n. n. belastete Grundstück verkauft und dann der Käufer dem Verbot zuwider fortbaut, nur der letztere als Thäter und Besitzer obligirt ist: der Verkäufer, der weder gegen das Verbot gehandelt hat noch im Besitz des Grundstücks ist, haftet natürlich dem interd. demol. nicht[69]). — Wir müssen daher diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen beantworten. Da nun bei dem gleichfalls auf Restitution gehenden interd. quod vi aut clam auch der nichtbesitzende Thäter haftet (l. 16. §. 2. quod vi aut cl.), so sind wir gewiß berechtigt, das Gleiche beim interd. demol. anzunehmen. Dazu kommt das oben angeführte Argument: der Erbe haftet als Besitzer für patientia destruendi, als Repräsentant des Erblassers soweit quantum ad eum pervenit. Nun läßt es sich denken, daß der Erblasser vor seinem Tod den Besitz auf einen Andern übertragen hat, hier geht die Klage auf patientia destr. nicht gegen den Erben, sondern gegen den jetzigen Besitzer, hingegen soweit sie auf Ersatz des Interesses gerichtet ist, ist der Erbe der rechte Beklagte und haftet in dem angegebenen Umfang: wenn aber der Erbe aus der Person seines Erblassers haftet, so muß der Erblasser selbst auch verpflichtet gewesen sein, also auch er ohne Rücksicht auf seinen Besitz und natürlich ohne die beim Erben stattfindende Beschränkung, also auf vollen Ersatz. Endlich spricht dafür der hinsichtlich der Miteigenthümer geltende Grundsatz in l. 18. pr. und l. 5. §. 5. h. t.: wenn einer der Miteigen-

69) Vgl. unten Ziff. 38. bei Anm. 78.

thümer, ohne daß die andern darum wissen, verbotwidrig das Werk fortsetzt, haftet er in solidum, also obgleich er als Miteigenthümer nur einen Theil besitzt, geht seine Verpflichtung doch auf das Ganze, er haftet weiter als er besitzt. Wenn das aber einmal der Fall ist, muß der Thäter auch haften, wenn er gar nicht besitzt[70]).

b) Die zweite Möglichkeit ist die, daß, nachdem der Nunciat selbst schon fortgebaut hat, eine Singularsuccession eintritt. Haftet hier der Singularsuccessor und wie weit, und wie haftet eventuell der veräußernde Nunciat? Beim Mangel eines ausdrücklichen Ausspruchs der Quellen sind die Ansichten hierüber wieder sehr getheilt.

Als die communis opinio läßt sich die Ansicht bezeichnen, daß der Successor in diesem Fall zwar haftet, aber nicht weiter als auf patientia destruendi, der Veräußerer aber zum Ersatz für die Kosten der vom Nuncianten vorgenommenen Restitution verbindlich ist. Gegen diese Ansicht ist in neuerer Zeit Stölzel (S. 213. ff.) unter Billigung von Baron (a. a. O. S. 531.) aufgetreten, weil die Haftung des blosen Besitzers zu unerträglichen Härten führen würde und weil die Quellen positiv lehrten, daß der blose Besitz eines nunciationswidrigen Werkes für das interd. demol. die Passivlegitimation nicht begründe und daß nicht Jeder, der als Besitzer zur Demolirung im Stande, auch dazu verpflichtet sei, sondern nur derjenige, aus dessen Willen das opus entsprungen. — Das erste Argument ist gegenüber dem Satz, daß nunciatio etiam contra absentes et ignorantes procedit,

70) Vgl. auch Schmidt S. 36.

hinfällig[71]). Wie das Recht voraussetzt, daß der ursprüngliche Nunciat die Nunciation erfährt, indem es als den gewöhnlichen Fall den ansieht, daß derselbe den Antrag auf Remission stelle oder Caution leiste, so setzt es auch voraus, daß der Successor regelmäßig nicht ohne Kenntniß des durch die o. n. n. begründeten Verhältnisses bleiben werde. Daß er dann ohne Rücksicht darauf, ob das wirklich der Fall ist, haftet, ist keine größere Härte als daß der Käufer der Klage des wahren Eigenthümers auf Herausgabe des Kaufobjects ausgesetzt ist, wenn sein Autor nicht zur Uebertragung desselben berechtigt war, und hier wie dort ist er insofern rechtlich geschützt, als er gegen den Verkäufer einen Regreßanspruch hat, der nur im Fall des Wissens des Käufers ausgeschlossen ist. — Ebensowenig sind die von Stölzel angeführten Quellenzeugnisse beweisend. Er beruft sich auf l. 18. pr. und l. 5. §. 5. h. t.:

l. 18. pr.: Aedibus communibus si ob opus novum nunciatio uni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nunciatio tenebit, si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra edictum praetoris fecerit.

l. 5. §. 5.: Si plurium res sit, in qua o. n. fiat et uni nuncietur, recte facta nunciatio est omnibusque dominis videtur denunciatum: sed si unus aedificaverit post o. n. nunciationem, alii,

71) Es ist offenbar nicht weniger hart, daß Jemand, der von der o. n. n gar keine Kenntniß erhalten hat und sie nur möglicherweise erhalten konnte, dem interd. demol. und zwar, wie Stölzel selbst will, in vollem Umfang haftet.

qui non aedificaverint, non tenebuntur: neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit.

Wenn das Grundstück, worauf das opus unternommen wird, im Miteigenthum Mehrerer steht, so bindet die dem einen Miteigenthümer gegenüber vorgenommene Nunciation nach dem Grundsatz nunciatio in rem fit auch alle übrigen, auch diejenigen, die keine Kenntniß davon erhalten haben[72]). Nun sind hier zwei Fälle denkbar. Entweder wird infolge gemeinsamen Willens der Miteigenthümer fortgebaut: dann erscheinen Alle als Contravenienten, die natürlich zugleich Besitzer sind, und das Interdict geht gegen jeden einzelnen in solidum auf Restitution in vollem Umfang[73]), also auch gegen den ohne Kenntniß von der Nunciation bauenden. Oder es baut einer allein dem Verbot zuwider, ohne daß die übrigen darum wissen: hier haftet natürlich blos der Contravenient in solidum — aber auch hier einerlei, welcher der socii es ist, der gebaut hat, nicht etwa blos der, dem gegenüber nunciirt worden ist — während die Nichtbauenden nicht haften, neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit. — Auf diese Schlußworte stützt Stölzel seine Ansicht, daß der nicht contravenirende socius, trotz seines Besitzes, nicht hafte. Wäre aber der Satz neque enim debet etc. so allgemein wahr, so

72) Denn wie es genügt, in Gegenwart eines Sclaven des Eigenthümers oder anderer Personen, von denen der Bauherr den Einspruch erfahren konnte, zu nunciiren, so muß natürlich auch die Gegenwart eines socius für die übrigen genügen.

73) L. 21. §. 5. h. t.: restitutio pro parte fieri non potest.

wäre damit die Wirksamkeit der o. n. n. in rem geradezu aufgehoben und es ließe sich nicht erklären, weßhalb in der Interdictsformel die Fassung quod factum est und nicht vielmehr die quod fecisti gewählt ist. Daher ist es an sich schon wahrscheinlich, daß die Worte alii qui non aedificaverint, non tenebuntur nicht aussprechen wollen, daß die Nichtbauenden gar nicht haften, sondern nur, daß sie nicht als facientes haften: der socius faciens muß in vollem Umfang restituiren und diese Verbindlichkeit, die eben lediglich gegen den Thäter durch sein Zuwiderhandeln begründet wird, trifft die übrigen socii nicht; daß sie aber auch nicht für patientia destruendi einstehen müssen, ist damit noch keineswegs gesagt. Es lag nur in diesem Fall keine Veranlassung vor, diese beschränkte Haftpflicht der socii non facientes besonders hervorzuheben. Denn wenn der Nunciant gegen den besitzenden Thäter auftreten und von ihm Restitution auf dessen Kosten verlangen kann, so wird er natürlich gar nicht in die Lage kommen, gegen die übrigen socii, an die er sich nur ihres Besitzes wegen halten und die er daher nur auf patientia destr. belangen könnte, diesen Anspruch geltend zu machen.

Es lassen sich aber auch positive Gründe für die Haftung des blosen Besitzers auf patientia destr. anführen. Der Erbe des nach der Contravention verstorbenen Nunciaten haftet, wenn er im Besitz ist, ad patientiam destr. (l. 22. h. t.) und diese Haftpflicht ist nicht abhängig von seiner Eigenschaft als Erbe, sondern als Besitzer. Als Erbe des Thäters hingegen haftet er weiter, er kann aus der Contravention des Erblassers in id quod ad eum pervenit belangt werden, so daß, wenn Besitz und Erbenqualität in einer Person sich ver-

einigt, die Klage zugleich auf patientia destr. und auf die Bereicherung geht[74]). Da nun aber hiernach der Erbe lediglich als Besitzer für patientia destr. haftet und mit dieser Verpflichtung seine Erbenqualität gar nichts zu thun hat, so muß in der gleichen Weise wie der Erbe auch der Singularsuccessor haften, nämlich ad patientiam destruendi. Dazu kommt, daß das interdictum quod vi aut clam gegen den Singularsuccessor des der Prohibition zuwider Handelnden auf patientia destr. geht und der das interd. quod vi begründenden prohibitio, die in personam fit, unmöglich eine stärkere Wirkung in dieser Beziehung zukommen kann als der o. n. n., die in rem fit.

Es ist daher der communis opinio, gegenüber der Ansicht von Stölzel, beizustimmen, daß der Singularsuccessor des gegen die o. n. n. Handelnden auf patientia destruendi, der Thäter selbst aber[74a]) für die Herstellungskosten und das sonstige Interesse haftet.

38. 2) Bis jetzt ist von dem Fall die Rede gewesen, wenn der ursprüngliche Nunciat selbst das Werk fortgesetzt hat und danach ein Besitzwechsel eingetreten ist. Im Folgenden haben wir den nicht minder bestrittenen Fall zu betrachten, wenn nach der o. n. n., aber vor der Fortsetzung des *opus* das betreffende Grundstück in andere Hände kommt und nunmehr der jetzige Besitzer dem Verbot zuwider-

74) Unrichtig ist die Auffassung von Stölzel S. 220., nach welcher die Haftung des Erben auf die Bereicherung identisch ist mit der Haftung auf patientia destruendi. Vgl. Hasse S. 601.

74a) Daß auch der nichtbesitzende Thäter haftet, s. oben S. 202 ff.

handelt. Daß durch einen solchen Besitzwechsel, mag er infolge Universal- oder Singularsuccession eintreten, der Bann nicht gelöst wird, ergiebt sich nicht nur aus dem Princip, daß der Bann das Grundstück selbst ergreift und in rem, nicht in personam fit, sondern ist auch, wie schon erwähnt, in l. 8. §. 7. h. t. ausdrücklich ausgesprochen. Es liegt hier die Sache insofern anders als in dem Fall sub 1., als hier Thäter und Besitzer eine und dieselbe Person ist.

Daß der das opus fortsetzende Erbe und Singularsuccessor mit dem interd. demol. belangt werden kann, unterliegt keinem Zweifel; bestritten ist nur, in welchem Umfang ein solcher Beklagter haftet. Aus den über die o. n. n. überhaupt geltenden Grundsätzen müssen wir die Entscheidung treffen, daß diese Personen zur Restitution in vollem Umfang zu verurtheilen sind: sie sind zugleich in der factischen Lage die Restitution vornehmen zu können und diejenigen, die dem Verbot zuwidergehandelt haben. Die von Manchen[75]) aufgestellte Ansicht, sie seien blos im Fall ihrer Kenntniß von der o. n. n. in vollem Umfang haftpflichtig, während sie sonst blos für patientia destruendi einzustehen hätten, weil bei ihrer Unkenntniß keine Verschuldung vorliege, hat ihren Grund in der bereits widerlegten Meinung, daß auch der ursprüngliche Nunciat, der dem Verbot zuwider fortbaut, nur dann auf Restitution suis sumtibus belangt werden könne, wenn ein Verschulden seinerseits vorliege. Mit dieser muß auch die erstere fallen, da kein Grund ersichtlich ist, warum der Successor als Contravenient anders haften soll als sein Vor-

75) J. B. Hasse S. 602 ff., Vangerow III. S. 552.

gänger, wenn dieser dem Verbot zuwider gebaut hätte. Inconsequent ist es daher, wenn Stölzel einerseits sagt (S. 218.), keine einzige Stelle deute an, daß die Wirksamkeit der o. n. n. gegen den mit dem Interdict Belangten die Kunde desselben von der o. n. n. voraussetze, andererseits aber meint (S. 223. ff.), der Erbe und der Käufer mache sich durch Fortsetzung des Werkes überhaupt nur unter der Voraussetzung responsabel, daß die o. n. n. zu seiner Kunde gelangte oder, weil sie in Gegenwart eines seiner Angehörigen erfolgt, gelangen mußte. Es beurtheilt sich dieses Erforderniß der Vornahme der Nunciation in einer Weise, ut domino possit renunciari, lediglich aus der Zeit der Vornahme derselben und also auch aus der Person desjenigen, der damals dominus war. Welchen Sinn soll auch die in l. 8. §. 7. h. t. ausgesprochene Fortdauer der Nunciation haben, wenn man verlangt, daß eines ihrer Erfordernisse doch wieder neu in der Person des Nachfolgers vorhanden sein müsse? Die Ansicht von Stölzel (S. 222.), es sei, wenn das an der betreffenden Stelle Namens des X unternommene Werk liegen bleibe und dann an der nämlichen Stelle Namens des Y ein gleiches Werk hergerichtet werde, dem nunmehrigen Werk gar nicht nunciirt und Y hafte, obgleich er objectiv ein der o. n. n. widerstreitendes Werk vornehme, doch weder für patientia destr. noch für Restitution auf eigene Kosten, da es bei ihm an dem subjectiven Verschulden fehle und er keine poena verdiene, ist demnach unhaltbar. Einen solchen Unterschied zwischen einem objectiv und einem subjectiv unrechtmäßigen Werk kennen die Quellen nicht. Dem bestimmten Ort (quem in locum nunc. est) ist nunciirt und was auf diesem Ort gegen das Verbot

vor Remission oder Caution gemacht ist, ist pro eo habendum atque si nullo jure factum esset. Gerade die Schlußworte der l. 8. §. 7. h. t., welche Stölzel für sich anführt, beweisen, daß der Successor ebenso haftet wie der ursprüngliche Nunciat[76]). Stölzel (S. 223) interpretirt die Worte ,quod si is, cui o. n. nunciatum erat, decesserit — non extinguitur o. n. n., idque ex eo apparet, quod in stipulatione, quae ex hac causa interponitur, etiam heredis mentio fit' folgendermaßen: „wenn der Erbe das verbotene Werk fortsetzt, so gilt zwar der Satz ,non extinguitur o. n. n.', aber wie die Schlußworte anzeigen, nur in Bezug auf die stipulatio ex o. n. n.; kraft dieser verpflichtet sich der Nunciat auch Namens seines Erben zur Restitution, falls die Widerrechtlichkeit des opus erwiesen würde; wenn der Erblasser nicht stipulirt und dadurch überhaupt die Möglichkeit eines interd. demol. beseitigt hat, so macht sich der Erbe durch Fortsetzung des Werks nur unter der Voraussetzung responsabel, daß die o. n. n. zu seiner Kunde gelangte oder gelangen mußte." Diese Interpretation und dieser Schluß ist aber durchaus unrichtig. Der Sinn der Stelle ist vielmehr der: der Bann erlischt nicht durch den Tod des Nunciaten, das zeigt sich darin und geht daraus hervor, daß die stipulatio ex o. n. n. mit auf die Erben gestellt wird. Das heißt doch nicht, daß das Nichterlöschen der o. n. n. nur in Bezug auf die Stipulation gilt! Durch die Stipulation erlischt ja gerade der Bann. Das Nichterlöschen der o. n. n. hat nicht

76) Ganz mißverstanden ist diese Stelle von Rudorff a. a. O IV. 145. Vgl. unten Ziff. 63. bei Anm. 73.

etwa seinen Grund darin, daß die Stipulation die Erben mitumfaßt, sondern ist ein aus dem Wesen der o. n. n. hervorgehender Satz und es zeigt sich nur die Richtigkeit dieses Satzes in der Nennung der Erben bei der Stipulation. Würde nämlich die Nunciation durch den Tod des Nunciaten erlöschen, so würden die Erben auch ohne Stipulation fortbauen können, ohne sich dem interd. demol. auszusetzen und es wäre gar kein Grund vorhanden, die Stipulation auf die Erben mitzustellen: folglich ist — so ist die Argumentation des Juristen — die Nennung der Erben in der Stipulation ein Beweis für den Satz, daß die Nunciation durch Tod des Nunciaten nicht erlischt. Die l. 8. §. 7. cit. — die einzige Stelle, die von unserm Falle spricht — erwähnt mit keinem Worte, daß durch den Tod des Erblassers an der Wirkung der o. n. n. etwas geändert werde: non extinguitur nunciatio, sie dauert also ganz in derselben Weise fort wie sie dem Erblasser gegenüber bestanden hat, d. h. so, daß ein Zuwiderhandeln gegen dieselbe den Anspruch auf volle Restitution begründet. Die Behauptung, daß die Erben nur dann haften, wenn der Einspruch zu ihrer Kunde gelangte oder gelangen mußte, entbehrt somit jeder Stütze.

Da nun der Erbe hier nicht etwa als Repräsentant des Erblassers, sondern aus seiner eigenen Thätigkeit als nunmehriger dominus operis obligirt ist, so dürfte es schon an sich keinem Zweifel unterliegen, daß auch der Singularsuccessor in der gleichen Weise, also für Restitution in vollem Umfang ohne Rücksicht auf seine Kenntniß von der Nunciation haftet. Dies wird denn auch, wenn wir die oben in Bezug auf die Haftpflicht des Erben hervorgehobenen Gründe im Auge behalten,

ausdrücklich bestätigt durch dieselbe l. 8. §. 7. h. t., wonach der durch die o. n. n. begründete Bann nicht blos im Fall des Todes des ursprünglichen Nunciaten, sondern auch im Fall der Veräußerung des nunciatischen Grundstücks fortdauert, ohne daß ein Unterschied beider Fälle irgendwie angedeutet wäre. Noch klarer ist dies in l. ult. h. t. ausgesprochen:

> Is, cui o. n. nunciatum erat, vendidit praedium: emtor aedificavit: emtorem an venditorem teneri putas, quod adversus edictum factum sit? Respondit: cum o. n. n. facta est, si quid aedificatum est, emtor, id est dominus praediorum tenetur, quia nunciatio operis non personae fit et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem o. n. nunciatum est. (Javolenus.)

Der Nunciat verkauft, der Käufer baut: haftet hier der Verkäufer oder Käufer dem Interdict[77])? Die

77) Die Stelle bezieht sich demnach nur auf den Fall, wo erst der Successor das opus fortsetzt, und die hier getroffene Entscheidung ändert nichts an den Grundsätzen, die wir früher für den Fall, wenn der Verkäufer selbst schon der o. n. n. zuwider gehandelt hat, und danach eine Succession eintritt, aufgestellt haben. Es ist darum nothwendig, dies besonders hervorzuheben, weil man aus den Anfangsworten, mit denen der Jurist seine Antwort einleitet (cum o. n. n. facta est, si quid aedificatum est), die Folgerung abzuleiten geneigt sein könnte, daß diese Antwort sich allgemein auf den Fall des Bauens nach der o. n. n., ohne Rücksicht darauf, ob vom Käufer oder Verkäufer gebaut ist, beziehe, wofür insbesondere noch der Umstand zu sprechen scheint, daß sich eine besondere Er-

Entscheidung geht dahin, daß der letztere, nicht der erstere, v.rpflichtet ist. Die nähere Bezeichnung des Haftpflichtigen sowie die Art und Weise der Motivirung dieser Antwort ist aber characteristisch. Es heißt nicht einfach emtor tenetur, sondern emtor id est dominus praediorum tenetur, d. h. nicht der Käufer als solcher, schon infolge des Abschlusses des obligatorischen Geschäfts, sondern erst dann, wenn er durch Besitzübertragung Eigenthümer geworden ist. Wäre also zwar nach Abschluß des Kaufgeschäfts, aber vor der Eigenthumsübertragung, auf dem nunciatischen Grundstück etwas gebaut worden, so würde der Käufer nicht haften. Diese Auffassung wird auch durch den zweiten von Javolen angegebenen Grund bestätigt. Er motivirt nämlich seine Entscheidung durch einen doppelten Grund: einmal weil nunciatio operis non personae fit und dann weil is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem o. n. nunciatum est. Der erste Satz enthält den Grund dafür, warum der Käufer,

örterung des Falls, wenn der Nunciat, nachdem er selbst schon der o. n. n. zuwidergehandelt hat, das Grundstück verkauft, in den Quellen nicht findet. Zu einer solchen Folgerung sind wir jedoch wegen dieser Worte nicht berechtigt. Wenn Javolen bei seiner Antwort einen andern Fall substituirt hätte als der ihm zur Entscheidung vorgelegt war, so würde er das unzweifelhaft genauer als durch die Worte si quid aedificatum est ausgedrückt haben, zumal ja beim Erben die beiden Fälle, wo Beklagter der Thäter und wo er blos Besitzer ist, verschieden behandelt werden. A. M. in dieser Beziehung ist Stölzel S. 223. Siehe unten bei Anm. 80. Vgl. gegen Stölzel auch Hesse Einspruchsrecht S. 112. a. E. 113.

dem gar nicht nunciirt ist, überhaupt haften kann, der zweite den Grund dafür, weßhalb jetzt wirklich der Käufer und jetzige Eigenthümer und nicht der Verkäufer, der frühere Eigenthümer, haftet. Dieser letzte Satz hat nicht etwa — wie es, wenn man blos auf die Worte: is demum obligatus est, qui eum locum possidet sieht, scheinen könnte — den Sinn, daß überhaupt das interd. demolitorium nur gegen den Besitzer gehe, woraus folgen würde, daß der nicht besitzende Thäter gar nicht hafte[78]), derselbe enthält vielmehr lediglich eine nähere Ausführung der vorher gemachten kurzen Andeutung emtor i. e. dominus praediorum und will daher sagen: der Käufer haftet wegen seiner Contravention erst nach der Tradition, als jetziger Eigenthümer, denn vorher hält sich der Nunciant noch an den Verkäufer, der als Besitzer und Eigenthümer des Grundstücks erscheint, erst (oder auch nur) derjenige Käufer haftet, dem schon der Besitz übertragen ist. Es wird also nicht das allgemeine Erforderniß des Besitzes in der Person des Beklagten aufgestellt, sondern blos für das Verhältniß zwischen Verkäufer und Käufer ausgesprochen, daß der Käufer nur als Besitzer, nach der Tradition, hafte.

Wenn nun Javolen die Frage, ob der Verkäufer oder Käufer hafte, einfach dahin beantwortet: emtor i. e. dominus praed. tenetur, so ist es gewiß unzweifelhaft, daß hier, wo der Besitzer zugleich der Thäter ist, dieses teneri die Haftpflicht für Restitution in vollem Umfang bezeichnet. Wäre die Meinung des Juristen die gewesen, daß der Käufer, anders als der Verkäufer, blos die patientia destruendi zu prästiren hätte, so wäre es

78) Vgl. oben Ziff. 37. bei Anm. 69.

unerklärlich, wenn er diese aus sonstigen Grundsätzen doch keineswegs hervorgehende Ansicht nicht deutlicher zu erkennen gegeben hätte. Warum soll auch, da doch das interd. quod vi aut clam gegen den qui fecit et possidet auf patientia et impensa tollendi operis geht (l. 16. §. 2. quod vi), beim interd. demol. etwas anderes gelten? Wollte man gegen das Herbeiziehen der Grundsätze des interd. quod vi aut clam den Einwand erheben, daß der Thäter, der keine Kunde erhalten, kein Prohibirter sei und gegen ihn das interd. quod vi nicht Platz greife, so würde sich dieser Einwand auf die oben widerlegte Ansicht gründen, daß der mit dem interd. demol. Belangte, wenn er keine Kunde von der o. n. n. erhalten, nur zur patientia destr. verurtheilt werden könne. In der That sind es auch nur die Anhänger jener Ansicht, die unsere Stelle von der Verpflichtung des Käufers zur patientia destruendi verstehen.

Daß die Worte Javolen's keinen Anhalt dafür geben, wird allgemein anerkannt. Man beruft sich aber auf die l. 3. §. 3. de alien. jud. mut. c. 4. 7., die zwar auch den behaupteten Satz nicht direct enthalte, die man aber nur durch Hineintragen der Unterscheidung zwischen restituere auf eigene Kosten und bloser patientia destr. verständlich machen zu können glaubt[79]).

Die l. 3. §. 3. lautet folgendermaßen:

Opus quoque novum si tibi nunciaverim tuque eum locum alienaveris et emtor opus fecerit,

79) Vgl. Hasse S. 603. Schmidt VIII. 37. Rudorff IV. 133 Vangerow S. 551. 552. und die daselbst Citirten.

dicitur te hoc judicio teneri, quasi neque tecum ex o. n. n.^{e} agere possim, quia nihil feceris, neque cum eo cui id alienaveris, quia ei nunciatum non sit.

Nach dieser Stelle, sagen die Gegner (vgl. insbesondere Hasse S. 603 ff.), könnte es scheinen, als gehe das interd. demol. nicht blos nicht gegen den vor der Contravention Verkaufenden, sondern auch nicht gegen den das opus fortsetzenden Käufer. Wenn nun für letzteres als Grund angegeben werde: quia ei nunciatum non est, so widerstreite das sowohl der l. ult. h. t. als dem wiederholt ausgesprochenen Satz, daß die o. n. n. in rem sit. Diese Antinomie sei nur dadurch zu lösen, daß man hier in derselben Weise unterscheide, wie dies im vorhergehenden §. 2. geschehe, daß nämlich der Verkäufer für Restitution im vollen Umfang, der Käufer aber nur für patientia destruendi hafte.

Diese Interpretation auf Grund des §. 2. ist jedoch durchaus unzulässig. Der §. 2. spricht von dem Fall, wenn Jemand, nachdem er durch Fortsetzung des opus gegen eine prohibitio das interd. quod vi gegen sich begründet hat, das betreffende Grundstück veräußert. Hierdurch ist unsere Lage insofern nachtheiliger geworden, als wir von dem, gegen den jetzt unsere Klage auf Restitution gerichtet ist, also dem Besitzer, nur patientia destr. verlangen können, während, wenn der Verkäufer noch Besitzer wäre, die Restitution suis sumtibus gefordert werden könnte. Daher geht gegen den Verkäufer die actio in factum propter alienationem judicii mutandi causa. Dasselbe muß unzweifelhaft von der o. n. n. gelten, obgleich von ihr in diesem Paragraphen nicht die Rede ist. Von einem ganz andern Fall han-

delt der §. 3.: hier macht erst der Käufer sich einer Contravention gegen die o. n. n. schuldig. Geht hier die actio in factum gegen den Verkäufer und worauf? Die Stelle scheint die Klage zuzulassen, ohne zu sagen, inwieweit der Verkäufer hafte. Man darf nun nicht wie die Gegner argumentiren: „nach §. 2. wird die actio in factum gegen den dem Verbot zuwiderhandelnden Prohibirten gegeben, weil der Prohibent mit dem interd. quod vi vom Käufer nur patientia destruendi verlangen kann, also insofern einen Nachtheil erleidet; in §. 3. wird die actio in factum gegen den ursprünglichen Nunciaten, den Verkäufer, gegeben — also muß der Käufer auch nur für patientia destr. einstehen“, sondern man muß vielmehr, da der §. 3. die actio in factum gegen den Verkäufer giebt, ohne wie der §. 2. dessen Haftpflicht auf den Ersatz der Kosten der vom Kläger selbst vorgenommenen Restitution zu beschränken, so schließen: Im Fall des §. 2. haftet der Verkäufer der actio in factum nur auf die Kosten der Destruction, nicht weiter, weil der den Einspruch Erhebende gegen den Käufer immer noch das interd. quod vi auf patientia destr. anstellen kann, nach §. 3. haftet der Verkäufer der actio in factum vollständig, weil der Käufer dem interd. demol. gar nicht, nicht einmal für patientia haftet.

Da nun aber nach allgemeinen Grundsätzen und nach dem ausdrücklichen Zeugniß der l. ult. h. t. der der o. n. n. zuwiderhandelnde Käufer wirklich der rechte Beklagte für das interd. demol. ist und der Versuch, die l. 3. §. 3. cit. mit jener Stelle dadurch zu vereinigen, daß man den Käufer blos für patientia destr. haften lassen will, als verfehlt betrachtet werden muß,

so entsteht die Frage, wie und ob überhaupt die beiden Aussprüche ‚emtor tenetur, quia nunciatio non personae fit‘ und ‚ex o. n. n.^e^ agere non possum cum eo, cui id alienaveris quia ei nunciatum non est‘ sich mit einander in Einklang bringen lassen. Stölzel (S. 226.) sucht beide Stellen neben einander dadurch aufrecht zu erhalten, daß er die l. 3. §. 3. cit. von einem Falle versteht, in welchem die subjective Beziehung der o. n. n. zum Käufer fehlte (quia ei nunciatum non sit), die l. ult. cit. aber von einem solchen, in welchem jene subjective Beziehung vorhanden war und zwar, weil die o. n. n. stattfand, nachdem der Verkäufer bereits im Bau begriffen (si quid aedificatum est = si quid jam aedificatum erit) und es mithin Pflicht des Käufers war, vor Fortsetzung des sistirten Baues gegenüber einer etwaigen o. n. n. sich sicher zu stellen. Beide Erklärungen sind jedoch falsch: denn l. ult. cit. spricht gerade von dem entgegengesetzten Fall, wenn nicht der Verkäufer, sondern der Käufer fortgebaut hat[80]), und die Behauptung, daß eine subjective Beziehung des Käufers zur o. n. n. vorhanden sein müsse, ist nach dem früher Ausgeführten entschieden unhaltbar[81]). Wir dürfen auf Grund unserer früheren Erörterungen die Behauptung aufstellen: der Singularsuccessor, welcher einer seinem Auctor gegenüber vorgenommenen o. n. n. zuwider das opus fortsetzt, haftet dem Nuncianten nicht blos für patientia destr., sondern für Restitution auf eigene Kosten, wenn nur seinem Auctor gegenüber die

80) Siehe oben Anm. 77.

81) Siehe oben bei Anm. 76.

Nunciation giltig, d. h. so daß dieser Kunde davon erhalten konnte, erfolgt war.

Wie aber — das bleibt die nun um so räthselhaftere Frage — kann dann Gajus in l. 3. §. 3. cit. sagen, der Nunciant habe in einem solchen Fall gar keine Klage gegen den Käufer? Die Alternative kann nur so gestellt werden: entweder haftet der Käufer, wie l. ult. cit. sagt, vollständig oder er haftet, wie l. 3. §. 3. cit. ausspricht, gar nicht. Gegenüber der ersteren ex professo von unserm Fall handelnden Stelle, in der ohne alle Unterscheidung und Beschränkung und ohne alle weitere Voraussetzung die Verpflichtung des Käufers in vollem Umfang anerkannt ist, müssen wir an sich schon über die Beweiskraft der die o. n. n. nur gelegentlich berührenden l. 3. §. 3. bedenklich werden. Zudem steht fest, daß der Grund, weßhalb der Käufer nach der letzteren Stelle nicht haften soll (quia ei nunciatum non sit), unrichtig ist, sobald man, wie man das muß, die eben erwähnte Erklärung Stölzel's über das Fehlen der subjectiven Beziehung der o. n. n. zum Käufer verwirft. Wenn aber der einzige Grund, der für diesen in directem Gegensatz zu der Entscheidung der l. ult. h. t. stehenden Satz angeführt wird, falsch ist, sollte da nicht der ganze Satz falsch sein? Man wird, die früheren Ausführungen zugegeben, nicht umhin können, dies zu bejahen. Aber nicht blos im Zusammenhalt mit den sonst bei der o. n. n. geltenden Grundsätzen, sondern auch hingesehen auf die Bestimmungen über die alienatio judicii mutandi causa ist der Satz falsch. Es ist nicht wahr, daß die actio in factum, wenn der Käufer nicht haftet, gegen den Verkäufer geht. Die Voraussetzung dieser act. in factum ist, wie sich

aus dem ganzen T. D. 4. 7. und insbesondere aus l. 1. pr. und l. 3. 4. ergiebt, die, daß der damit zu Belangende alienando *alium nobis adversarium* substituit, daß also die Klage, die ursprünglich gegen den Veräußerer ging, jetzt infolge der Veräußerung gegen den Käufer geht und nur die Rechtsverfolgung gegen den Käufer eine schwierigere ist (durior conditio fieri debet). In unserer Stelle wird aber gerade gesagt, daß die Klage, das interd. demol., nicht gegen den Käufer gehe[82]). Aus diesem auch von Baron (a. a. S. 530. 531.) hervorgehobenen Umstand erhellt, daß wir dieser eine offenbar unrichtige Ansicht enthaltenden Stelle, zumal gegenüber einer das Gegentheil klar aussprechenden anderen, kein Gewicht beilegen dürfen. Aber darum

82) Auf der andern Seite geht das interd. demol. in diesem Fall auch nicht gegen den Verkäufer, quia nihil fecerit, also auch nicht auf Ersatz der Kosten. Wie kann daher, wenn gegen den Verkäufer überhaupt noch keine Klage begründet war, von einer alienatio *judicii mutandi* causa gesprochen werden? Es fehlt die im Fall des §. 2. vorhandene Voraussetzung des judicium futurum (l. 8. §. 1. eod.), die Klage muß doch in concreto schon gegen den Veräußernden begründet gewesen sein, die blose Möglichkeit, daß vielleicht der Verkäufer selbst der o. n. n. zuwider gehandelt und dann sich dem interd. demol. ausgesetzt haben würde, kann offenbar nicht genügen. Es wäre das nicht anders, als wenn man gegen den, der ein mit einer servitus altius non tollendi belastetes Grundstück verkauft, wegen eines von dem Käufer vorgenommenen servitutwidrigen Baues die actio in factum deßhalb geben wollte, weil die actio confessoria nun nicht gegen den Verkäufer begründet ist, gegen den sie begründet gewesen wäre, wenn er das Grundstück behalten und selbst den Bau vorgenommen hätte.

brauchen wir nicht für die Justinianeische Compilation eine Antinomie anzunehmen. Denn nach der gewiß richtigen Ansicht von Teisterband (citirt bei Vangerow III. S. 551.), der sich auch Baron a. a. O. anschließt, ist das in l. 3. §. 3. Ausgesprochene gar nicht die eigene Meinung des Gajus, derselbe referirt vielmehr nur die Ansicht anderer Juristen, ohne sie zu billigen. Betrachtet man die Ausdrucksweise in §. 2. und im princ., wo Gajus die Zulässigkeit der actio in factum gegen den Veräußerer einfach und klar begründet, und dem gegenüber die Art und Weise, wie er sich in §. 3. äußert (*dicitur*, te teneri *quasi* neque tecum agere *possim*, quia etc.), so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß er im Sinn Dritter redet, deren Ansicht nicht die seinige ist. Die Antwort auf die Frage, wie Gajus dazu kommt, eine von ihm nicht gebilligte Ansicht, ohne eine Bemerkung dagegen einfließen zu lassen, hier anzuführen, ergiebt sich, wenn man im Auge behält, zu welchem Zweck Gajus diesen Fall überhaupt erwähnt. Nachdem er in l. 1. pr. vom Begriff der alienatio jud. mut. c. gesprochen, zählt er von l. 1. §. 1. an Beispiele auf zur Erläuterung, in welchen Fällen durch eine solche Veräußerung die Lage des Klägers ungünstiger gemacht wird, und so erwähnt er, obgleich er selbst damit nicht einverstanden war und nicht einverstanden sein konnte, doch auch diese Ansicht mit ihrer Motivirung: um eine Widerlegung war es ihm hier nicht zu thun. Nun läßt sich allerdings noch die Frage aufwerfen, wie denn die Juristen, deren Anschauung Gajus mittheilt, zu dieser falschen Ansicht kommen: das wird aber schwer zu beantworten sein, wenn man sich nicht mit der Antwort begnügt, daß auch römische Juristen falsche Ansichten

haben konnten und daß diese die Tendenz der Bestimmung über die alienatio judicii mutandi causa, Verhütung doloser Veräußerung behufs Substituirung eines andern Gegners, zu weit faßten[83]). Wie dies aber auch sei, jedenfalls steht fest, daß das nicht die Ansicht von Autoritäten war und daß gegenüber dem Inhalt der l. 8. §. 7. und l. ult. h. t., welche die Frage nach der Haftpflicht des Singularsuccessors ex professo besprechen und zu Ungunsten desselben beantworten, ohne irgend eine Unterscheidung in Bezug auf den Umfang dieser Haftpflicht zu machen, diese nur gelegentlich und mindestens sehr zweifelnd und mit vorsichtigen Ausdrücken erwähnte entgegenstehende Ansicht nicht in Betracht kommen kann.

83) Die Erklärung von Baron a. a. O. S. 531. kann nicht genügen. Er meint unter Hinweis auf l. 8. §. 7. h. t., die Grundlage jener abweichenden Ansicht sei die gewesen, daß in der stipulatio ex o. n. n. auch des Erben, nicht aber des Käufers, gedacht werde. Da aber, wie wir gesehen haben (s. oben bei Anmerkung 76.), die Erwähnung der Erben in der Stipulation nicht das Interdict gegen sie begründet, sondern diese Erwähnung nur ein Beweis dafür ist, daß auch die Erben dem Bann unterliegen, so konnte aus der Nichtnennung des Singularsuccessors (wenn diese Prämisse überhaupt richtig ist vgl. unten Ziff. 63. bei Anm. 76.) ein römischer Jurist wohl kaum den Schluß ziehen, daß dieser nicht dem interd. demol. hafte. Gegen diese Erklärung spricht auch der in l. 3. §. 3. cit. für das Nichthaften des Käufers angeführte Grund ‚quia ei nunciatum non sit', der eher auf die Auffassung hindeutet, als werde die Haftpflicht des Käufers deßhalb in Abrede gestellt, weil er doch eigentlich gar nicht der Nunciat sei.

§. 1672 b.

b. Erfolg des durchgeführten interdictum demolitorium. Condemnatio pecuniaria.

39. Der Erfolg des vom Kläger siegreich durchgeführten demolitorischen Processes richtet sich natürlich zufolge dem Ziff. 36—38 Bemerkten nach der Person des Beklagten. Es ist nur eine Frage, die einer besonderen Betrachtung hier noch bedarf: geht zur Zeit des Formularprocesses Urtheil und Execution auf Restitution in natura oder wird auch hier nur ein arbitrium de restituendo erlassen und bei dessen Nichtbefolgung der Beklagte in Geld condemnirt? Gerade bei der o. n. n. sollte man meinen, es müsse die wirkliche Beseitigung des opus haben erreicht werden können. Wir müssen daher auf den Grundsatz der condemnatio pecuniaria etwas näher eingehen.

Bekanntlich stehen sich hier zwei extreme Ansichten gegenüber. Nach einer früheren Ansicht, die noch von Zimmern, Keller und in gewisser Weise auch von Sintenis getheilt wird[84]), soll bei actiones arbitrariae das der condemnatio vorausgehende arbitrium de restituendo auf Verlangen des Klägers stets exequirt worden sein; nach Anderen[85]) ist dies erst eine Aenderung der Justinianeischen Zeit: zur Zeit der classischen Jurisprudenz habe das Princip der condemnatio pecuniaria ausnahmslos bestanden und es sei die eine solche Naturalexecution anerkennende l. 68. de R. V. 6. 1. (Ulpian) interpolirt. In der Mitte zwischen diesen beiden

84) Vgl. Wächter Erört. S. 19. N. 10.

85) So z. B. Savigny, Wetzell, Wächter. Vgl. den letztern a. a. O.

extremen Ansichten, von denen die erstere unzweifelhaft unrichtig ist[86]), stehen verschiedene andere Meinungen, die theils für gewisse Arten von Klagen, theils für eine frühere als die Justinianeische Zeit die Zulässigkeit eines Zwangs zur Befolgung des jussus judicis de restituendo anerkennen, indem sie die l. 68. cit. für von Ulpian selbst herrührend erklären.

So meint Witte (das interd. uti possid. S. 10 ff. 15.): bei den Interdicten zum Schutz privatrechtlicher Verhältnisse sei es allerdings unzulässig, eine Naturalexecution durch obrigkeitlichen Zwang vorauszusetzen, indem das Bestreben des ältern römischen Rechts, alle Privatansprüche zum Zweck der Execution in Geld umzusetzen, dagegen spreche; hingegen bei den interdicta popularia gegen widerrechtliche Anlagen an öffentlichen Orten habe es eine solche gegeben[87]). Und zwar nimmt Witte an, daß diese Naturalexecution von jeher bei den-

86) Es enthält nicht nur keine einzige Stelle des ältern Rechts etwas von einem derartigen directen Zwang, sondern Gajus (IV. 163. 166—169.) spricht gerade in Fällen dieser Art nur von der Geldcondemnation. Beides ist bei dieser Annahme unerklärlich. Vgl. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilproc. S. 330. 331.

87) Das Bedenken gegen die Anwendung der condemn. pecun. auch bei diesen Interdicten, daß das allgemeine Interesse nicht durch Verurtheilung des Störers zur Zahlung einer Geldsumme an einen einzelnen Bürger habe befriedigt werden können (Witte S. 10. 11.), widerlegt sich dadurch, daß, wenn das opus wirklich gegen das allgemeine Interesse verstieß und Beklagter contumax war, die genügende Hilfe auf dem Polizeiwege gegeben war, der natürlich zur wirklichen Her-

jenigen Interdicten Rechtens gewesen, bei denen regelmäßig der Extrahent eben nur als Repräsentant der Gesammtheit ohne besonderes eigenes Interesse auftrat. Insofern weicht Witte von Schmidt (Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. XV. S. 69 ff.) ab, der auch bei den interdicta popularia den Ausgangspunct dieser ganzen Execution sucht, diese Aenderung aber erst in die Zeit Julian's verlegt.

Sehen wir zunächst ab von der Frage nach der Aechtheit der l. 68. de R. V. und von der damit zusammenhängenden Frage, ob vielleicht zur Zeit Ulpian's eine derartige Rechtsumgestaltung stattgefunden habe, so läßt sich wohl weder die Ansicht von Witte noch die von Schmidt halten. Das Hauptargument für beide Ansichten bildet die l. 7. ne quid in l. publ. 43. 8. (Julian):

> Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demoliri, ne urbs ruinis deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet; alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

Der Jurist spreche hier von dem Gegensatz des Bauens in publico ohne Verhinderung und des Bauens einem erlassenen Interdict zuwider: im ersten Fall könne

stellung des früheren Zustands führte (l. 2. §. 17. ne quid in l. publ.: Si tamen obstet id aedificium usui publico, utique is qui operibus publicis procurat, debebit id deponere). Der Grundsatz der condemnatio pecuniaria stand hier so wenig im Wege, wie wenn der Prätor infolge einer extraordinaria cognitio sein Decret manu militari durchführen ließ.

man nicht gezwungen werden, das Gebäude wegzunehmen, im zweiten müsse man es wegnehmen, das debet habe offenbar denselben Sinn wie das vorausgehende cogendus est: man werde im Nothfall dazu gezwungen; dafür spreche mit Entschiedenheit das von Julian gebrauchte Argument, daß sonst der prätorische Befehl illusorisch sein würde (Schmidt, S. 70.). Diese Folgerung kann aber als richtig nicht anerkannt werden. Die Stelle sagt: gegen denjenigen, der in publico gebaut hat nullo prohibente d. h. ohne daß ein prohibitorisches Interdict erbeten und ertheilt oder auch ohne daß eine prohibitio oder o. n. n. vorgenommen worden ist, kann von Seiten eines Privaten keine Klage auf Beseitigung des opus erhoben werden; wenn hingegen einem Verbot des Prätors zuwider gebaut worden ist, dann ist die Sache anders, dann liegt ein facere adversus edictum praetoris vor und daraus entspringt für den Contravenienten die Verpflichtung zur Restitution, und dieser Verpflichtung gegenüber kann der Beklagte auch den Grundsatz ‚urbs ruinis ne deformetur‘[88]) nicht geltend machen, denn wenn das Verbot des Prätors gar keine Wirkung hätte und Beklagter doch noch sagen könnte, er brauche wegen dieses Grund-

88) Man könnte vielleicht geneigt sein, als Beweis für den directen Zwang zur Demolirung das in der Stelle angegebene Motiv ne urbs ruinis deform. anzuführen, weil davon nicht die Rede sein könnte, wenn nicht ein wirkliches Niederreißen erfolge. Jedoch beweist dies nichts, da der Beklagte gegenüber den Nachtheilen, die ihn beim Ungehorsam trafen, gewiß regelmäßig dem jussus judicis gehorchen und somit durch freiwillige Erfüllung es zum Niederreißen kommen wird.

satzes nicht zu restituiren, so wäre in der That inane et lusorium praetoris imperium. Es soll dies also nur die jetzt bestehende Verpflichtung rechtfertigen gegenüber dem ersten Fall, in welchem nullo prohibente keine Verpflichtung besteht; der Gegensatz ist nicht: Naturalexecution und condemnatio pecuniaria, sondern: Pflicht und Nichtpflicht. Daß der Ausdruck cogendus est nichts für die Naturalexecution beweist, geht nicht nur aus vielen Stellen hervor, in denen lediglich der indirecte Zwang damit bezeichnet sein kann[89]), sondern ergiebt sich auch mit voller Evidenz aus l. 1. §. 2. si ventris nom. 25. 5., wo der Ausdruck cogitur von Ulpian dahin erklärt wird, daß es nicht ein cogere praetoria potestate vel manu ministrorum sei[90]). Auch würde offenbar das Argument ‚alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit' ebenso gut für Privatinterdicte passen, also, da für diese Witte und Schmidt selbst die Zulässigkeit der Naturalexecution leugnen, zu viel beweisen.

Es bleibt daher nur die Frage noch zu betrachten, ob nicht etwa, wie Bethmann-Hollweg (Handb. des Civilproc. S. 331.) meint, in der spätern classischen

89) Vgl. z. B. nur l. 24. de a. pl. a. 39. 3.

90) So bedarf denn auch die Beweiskraft des von Witte noch angeführten Ausdrucks in l. 1. §. 12. ne qu. in flum. publ. 43. 13. (si quid igitur jam factum est, per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum) keiner besonderen Widerlegung: derartige Stellen finden sich bei Popular- wie bei Privatinterdicten unzählige, ohne daß für unsere Frage daraus das Geringste zu entnehmen wäre.

Zeit der Grundsatz der condemnatio pecuniaria insofern durchbrochen worden ist, als bei den Klagen auf restituere und exhibere das der Condemnation vorausgehende arbitrium auf Verlangen des Klägers direct exequirt werden konnte. Die l. 68. de R. V. sagt nun deutlich, daß bei allen Klagen, bei denen ein arbitrium de restituendo vorkommt, gegen den ungehorsamen Beklagten mit directem Zwang manu militari vorgegangen werde. Könnte man annehmen, daß die Stelle wirklich so wie sie lautet von Ulpian geschrieben sei, so wäre die Sache unzweifelhaft. Man müßte dann, da wir für die Annahme einer solchen Veränderung zu einem früheren Zeitpunct einen Anhalt nicht haben, wenigstens für die Zeit Ulpian's behaupten, daß der früher ausnahmslose Grundsatz der condemnatio pecuniaria für diese Fälle eine Modification erlitten habe in der Weise, daß der Kläger bei nicht freiwilliger Erfüllung Seitens des Beklagten es noch in der Hand hatte, statt auf Naturalexecution anzutragen die Zahlung des Interesses, wie er es durch sein juramentum in litem gewürdert, zu verlangen.

Nun ist es aber gerade im höchsten Grade fraglich, ob die l. 68. cit. in der uns überlieferten Fassung ächt ist. Bethmann-Hollweg, der früher eine Interpolation annahm, hat später seine Ansicht geändert, seine Gründe für die Aechtheit müssen daher besondere Beachtung verdienen. Sein Hauptgrund (S. 332.) ist der Gesammtcharacter und der Zusammenhang der Rede, der das Gepräge der Aechtheit habe. Es sei nicht denkbar, daß die Compilatoren, die sich sonst in das alte Princip der Geldcondemnation gar nicht zu

finden wüßten, den neuen Grundsatz so richtig demselben angepaßt haben sollten.

Bei den zahlreichen die condemnatio pecuniaria anerkennenden und voraussetzenden Stellen der excerpirten Juristen, auch der spätern Kaiserzeit (vgl. z. B. l. 21. C. de R. V. von Diocletian und Maximian), ist es aber geradezu unmöglich, daß den Compilatoren das Wesen der condemnatio pecuniaria und die Unzulässigkeit der directen Erzwingung eines jussus judicis unbekannt geblieben sei[91]).

Auch die weitere Ausführung Bethmann's, daß die Compilatoren, wenn sie einmal Ulpian nach dem Model ihrer Zeit verbessern wollten, in dem Fall der gewaltsamen Besitzübertragung nicht eine Absolution angenommen und die Condemnation ausschließend auf die Früchte bezogen haben würden, ist nicht zutreffend. Denn die Compilatoren gehen vom arbitrium judicis

91) Wenn Bethmann-Hollweg sich hierfür auf die l. 17. C. de fideic. lib. 7. 4. beruft — indem das Mißverständniß des in dieser Stelle erwähnten Zweifels nur aus der Unkenntniß der Compilatoren über die Bedeutung der Geldcondemnation zu erklären sei —, so ist dem, abgesehen davon, ob und inwieweit wir gerade den Compilatoren eine Mitwirkung bei Abfassung dieser Stelle zuschreiben dürfen, entgegenzuhalten, daß dieselbe sich nach ihrer ganzen Ausdrucksweise auf einen concreten dem Kaiser vorgelegten Fall bezieht und Justinian seine Zeit, zu welcher ja der Richter auf die Sache selbst erkennen konnte, im Auge hat, wenn er sagt: warum hat denn der Richter selbst durch seinen Ausspruch Gelegenheit zu diesem Streit gegeben, da er doch jetzt auf die Sache selbst condemniren kann?

aus und daß dies kein condemnatorisches Urtheil war, war ihnen natürlich nicht verborgen. Daher war von ihrem Standpunct aus diese Theilung in Execution auf die Sache selbst und Condemnation auf die Früchte und die omnis causa ganz richtig. Die Sache selbst ist in natura beim Beklagten vorhanden, in dieselbe wird die Naturalexecution manu militari vollstreckt; damit ist aber die Bedingung für die Absolution des Beklagten noch nicht erfüllt, die Restitution war dann, wenn die Sache allein restituirt wurde — mochte dies nun freiwillig oder infolge directen Zwangs geschehen sein — doch nur eine theilweise, die Absolution nicht rechtfertigende: auf die Früchte aber konnte sich dieser Zwang nicht ohne Weiteres erstrecken, da sie ja möglicherweise nicht mehr extantes waren, und zudem handelte es sich auch noch um Ersatz des sonstigen Interesses, so daß natürlich noch eine Verurtheilung in Geld erfolgen mußte.

Können wir sonach aus den von Bethmann geltend gemachten Gründen ein unzweifelhaftes Argument für die Aechtheit der l. 68. cit. nicht entnehmen, so erhalten die für die Richtigkeit der Annahme einer Interpolation beizubringenden Gründe ein um so größeres Gewicht. Vor allen Dingen macht schon der Umstand die l. 68. höchst verdächtig, daß sie die einzige Stelle ist, welche die Zulässigkeit der Naturalexecution erwähnt und für die Ansicht, daß schon in der spätern classischen Zeit das arbitrium judicis direct erzwungen worden sei, angeführt werden kann. Außerdem könnte sich diese Veränderung erst um die Zeit Ulpian's vollzogen haben, und da wäre es doch höchst sonderbar, wenn die Umgestaltung eines solchen fundamentalen Satzes, wie der der Nicht=

erzwingbarkeit des jussus judicis war, nicht schärfer und bestimmter von Ulpian selbst und daß sie nicht auch von anderen Juristen hervorgehoben worden wäre. Von einem solchen directen Zwang findet sich bei den Zeitgenossen Ulpian's und den später Lebenden nicht nur nichts erwähnt, sondern überall, wo von einer Klage auf Restitution oder Exhibition die Rede ist, gehen dieselben von dem Grundsatz der condemnatio pecuniaria aus, indem sie Ausdrücke wie tollere cogitur, ad restituendum compellitur u. ä. blos von einer Verpflichtung des Beklagten zur Restitution, nicht aber von einem directen Zwang dazu verstehen[92]). Auch würde bei der Annahme der Aechtheit der l. 68. Ulpian sich selbst widersprechen, da er in zahlreichen anderen Stellen lediglich die Verurtheilung des Beklagten in quantum actor in litem juravit als Strafe für die contumacia des Beklagten anführt[93]). — Endlich aber liefern einen unwiderleg-

92) L. 16. §. 3. de pign. 20. 1. (Marcian) l. 18. pr. de dolo 4. 3. l. 7. si serv. vind. 8. 5. l. 2. §. 1. de in lit. jur. 12. 3. l. 2. §. 2. quod leg. 43. 3. l. 35. §. 2. de R. V. 6. 1. l. 69. 71. eod. l. 73. de fidej. 46. 1. l. 5. de interd. 43. 1. (sämmtlich von Paulus).

93) L. 6. §. 2. de confess. 42. 2. l. 1. §. 21. depos. 16. 3. l. 3. §. 11. de tabul. exhib. 43. 5. l. 6. §. 6—8. de a. pl. a. 39. 3. l. 3. §. 13. de lib. hom. exhib. 43. 29. — Gerade beim interd. de tabul. exhib. und de libero hom. exhib. wäre ein directer Zwang vor Allem am Platz gewesen und doch erwähnt Ulpian nur die cond. pecun., ohne die Möglichkeit des directen Zwangs auch nur entfernt anzudeuten. Und derselbe Ulpian sollte in Bezug auf die Zulässigkeit des directen Zwangs in l. 68. cit. gesagt

lichen Beweis für die Interpolation der l. 68. eine Reihe von Ulpian'schen Stellen, in denen ein Gegensatz zwischen einem directen Zwang zur Realisirung eines bei einer extraordinaria cognitio erlassenen Befehls des Prätors selbst und zwischen den im gewöhnlichen ordo judiciorum privatorum verhandelten Klagen statuirt wird, der jede Möglichkeit ausschließt, daß es bei letzteren zu einer directen Erzwingung des arbitrium judicis gekommen sei[94]).

Schließlich bleibt noch eine in neuerer Zeit von Bruns (Zeitschr. für Rechtsgesch. III. S. 398. 399.) aufgestellte Ansicht darüber, in welcher Weise es bei restitutorischen Interdicten doch zur wirklichen factischen Wegräumung der unerlaubten Vorrichtung kommen könne, zu betrachten übrig. Nachdem Bruns die Unzulässigkeit der Naturalexecution manu militari auch bei den

haben können: haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta sive actiones pertinet?

94) L. 1. §. 2. si ventr. nom. 25. 5. l. 1. §. 2. de migr. 43. 32. l. 1. §. 1. fi. de inspic. ventr. 25. 4. l. 3. pr. ne vis fiat ei qui in poss. 43. 4. (vgl. auch l. 1. pr. §. 1. 5. eod.) l. 5. §. 27. ut in poss. leg. 36. 4. — Nach diesen Stellen wird das Verfahren vor dem judex infolge einer Klage, die doch auch darauf gerichtet ist, daß Kläger in den Besitz kommt und Beklagter ihn daran nicht hindert, in directen Gegensatz gesetzt zu dem inducere per officialem praefecti aut per magistratus, inducere praetoria potestate, manu ministrorum etc., welches der Prätor auf Antrag durch extraord. cogn. verfügen kann: folglich kann das Resultat des Verfahrens vor dem judex nicht auch sein, daß sein Ausspruch durch directen Zwang realisirt wird.

interdicta popularia gegenüber Schmidt und Witte vertheidigt und auf das Eingreifen der Administrativbeamten vom Administrativstandpunct aus verwiesen hat, sagt er: „nur das wird man noch annehmen dürfen, daß, wenn der Beklagte den arbitratus judicis nicht erfüllt, der Kläger selber die Vorrichtungen beseitigen und die Unkosten davon als sein Interesse mit in die Condemnation bringen konnte.“ Er beruft sich für diese Ansicht zunächst darauf, daß es in §. 31. I. de act. 4. 6. von den actiones arbitrariae ganz allgemein heiße: permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat, und daß es doch gewiß die natürlichste satisfactio gewesen sei, daß, wenn Beklagter die Anlage nicht selbst beseitige, es nun auf seine Kosten der Kläger thun dürfe.

Eine solche Erlaubniß kann jedoch der judex nicht ertheilen, nach der Formel steht ihm nur die Befugniß zu, ein arbitrium de restituendo zu erlassen und wenn Beklagter dem nicht freiwillig nachkommt, zu condemniren. Das aestimare quemadmodum actori satisfieri oporteat bezieht sich lediglich auf den Inhalt des arbitrium de restituendo, nicht aber auf die Execution desselben[95]). — Vor Allem läßt sich jedoch gegen diese

95) Die citirten Schlußworte des §. 31. I. wollen nur sagen, daß die Frage, worin das die Condemnation abwendende satisfacere, restituere etc. Seitens des Beklagten besteht, sowie die weitere Frage, ob der Beklagte wirklich genügend restituirt habe, vom judex nach der Beschaffenheit des concreten Falls ex aequo et bono zu beantworten ist: findet er, daß die Verpflichtung nicht genügend erfüllt worden, so erfolgt

Auffassung geltend machen, daß nach derselben dem Kläger auf Grund des arbitrium de restituendo auch das Recht zustehen würde, die mit einer rei vindicatio, actio Publiciana, actio hypothecaria, actio quod metus causa, actio ad exhibendum geforderte Sache dem Beklagten gewaltsam wegzunehmen: denn gerade diese Klagen sind die in §. 31. J. cit. angeführten Beispiele der actiones arbitrariae. Diese bei Bruns' Ansicht unabweisbare Consequenz widerspricht aber allen sonstigen Principien. Zum Ueberfluß sagt auch eine Stelle ausdrücklich, daß die Verpflichtung einen den Besitz Ergreifenden nicht zu hindern eine bei weitem größere sei als die Verpflichtung zu restituiren, ein Ausspruch, der nicht wahr wäre, wenn derjenige, der von einem Andern Restitution verlangen kann, sich unter Berufung auf das arbitrium de restituendo selbst die Sache aneignen dürfte[96]). — Am meisten Schein hat das letzte aus der allgemeinen Unterscheidung bei restitutorischen Interdicten in l. 2. §. 43. ne qu. in l. publ. 43. 8. entnommene Argument: „Beklagter muß, wenn er selbst die unerlaubte Vorrichtung gemacht hat, auf eigene Kosten restituiren, wenn er aber blos im Besitz ist, braucht er nur patientia destruendi zu prästiren; danach erscheint die Wegnahme vom Kläger auf Kosten des Beklagten als das mittlere minus." Der Gedanke von

condemnatio pecuniaria; nicht aber ist damit die Befugniß des Richters anerkannt, dem Kläger die Erlaubniß zum gewaltsamen Zerstören der Anlage durch eigene Thätigkeit auf Kosten des Beklagten zu geben.

96) L. 52. §. 2. de acquir. poss. 41. 2. Vgl. dazu Schmidt Interdictenverf. S. 71.

Bruns ist hierbei der: das patientiam praestare, wofür der blose Besitzer haftet, ist das Minus und dabei findet Naturalrestitution statt, indem der Kläger selbst auf eigene Kosten die Anlage beseitigt, daher muß auch bei der weiterreichenden Haftpflicht des Beklagten auf restituere < suis sumtibus die wirkliche Beseitigung zu erzwingen gewesen sein. Diese Argumentation beruht jedoch auf der falschen Voraussetzung, daß das patientiam praestare direct hätte erzwungen werden können. Mit demselben Recht läßt sich der umgekehrte Schluß machen: das patientiam praestare ist die geringere Verpflichtung des Beklagten, also auch das geringere Recht des Klägers gegenüber dem restituere auf Kosten des Beklagten; wenn nun bei letzterem ein directer Zwang nicht zulässig war, dann konnte er auch bei ersterem nicht anwendbar sein[97]).

Wenn sonach das Princip der condemnatio pecuniaria ein ausnahmsloses ist, so kann selbstverständlich beim interdictum demolitorium nichts anderes gelten. Der judex erläßt, wenn die Voraussetzungen des Inter-

97) Wenn die Klage gegen den angestellt war, der blos für patientia haftet, so lautete die Formel nicht anders als wenn auf Restitution in vollem Umfang geklagt war, nämlich einfach: ni restituat, condemna. Nur wurde in jenem Fall das restituere von der blosen patientia verstanden. Trat Beklagter dem Versuch des Klägers, nunmehr selbst die Destruction der Vorrichtung vorzunehmen, entgegen, so gab es für den Kläger keinen Schutz durch Gewaltmaßregeln, es kam dann infolge des Ungehorsams des Beklagten gegen das arbitr. de restit. zur condemn. pecuniaria.

dicts vorliegen, in gewöhnlicher Weise ein arbitrium de restituendo mit einer bestimmten Frist bezüglich unter Auflage einer Caution[98]): kommt Beklagter dem nicht nach, so wird er in das durch juramentum in litem bestimmte Interesse verurtheilt, ein Nachtheil, der in den meisten Fällen ihn zur freiwilligen Befolgung des arbitrium bewogen haben wird. Ein Grund dafür, daß bei unserm Interdict eine Abweichung von den sonst allgemein geltenden Grundsätzen stattgefunden habe, liegt nicht vor. Daß die Ausdrücke in l. 20. §. 1. 4. l. 21. §. 1. h. t. (destruere cogitur, compellitur und pro eo habendum est ac si nullo jure factum esset) nichts für einen directen Zwang beweisen, ist nach dem bisher Ausgeführten klar. Auch die l. 21. §. 4. h. t. —, nach welcher die stipulatio de o. n. n. darauf verfällt „ut res boni viri arbitratu restituatur, quodsi ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, *si hoc petitori placuerit*", darf man nicht, wie Donellus[99]) thut, von Naturalrestitution und Execution verstehen. Das Wahlrecht des Klägers bezieht sich, wie wir später sehen werden, auf etwas anderes[100]).

Im Justinianeischen Recht hat sich das natürlich geändert. Hier wird manu militari die Restitution des

98) L. 6. §. 2. de confess. 42. 2. l. 4. §. 7. de doli exc. 44. 4.

99) Comm. jur. civ. Lib. XV. cp. 46. Nro. 24: ut intelligamus, si prius ei placet, pecuniam eum petere posse et in eam quantitatem stipulationem committi; si non placet, omnimodo manu et vi praetoria opus restituendum.

100) Vgl. unten Ziff. 64. bei Anm. 84.

der Nunciation zuwider gemachten opus erzwungen, entweder auf Kosten des Beklagten oder des Klägers. Es gelten hier die gewöhnlichen Grundsätze des Justinianeischen Rechts über die obligationes faciendi.

§. 1672 c.

c. Verfahren. Klagbegründende Thatsachen und Beweis des Klägers. Vertheidigung des Beklagten.

40. I. Der Antrag des Nuncianten auf Ertheilung des restitutorischen Interdicts muß gehörig substantiirt sein: es müssen die thatsächlichen Behauptungen soweit speciell angegeben werden, als sie der Befehl des Interdicts voraussetzt[1]). Wenn die vom Kläger vorgebrachten Behauptungen, selbst ihre Wahrheit angenommen, das Interdict nicht rechtfertigen, erfolgt denegatio interdicti[2]). Ist aber der Antrag substantiirt, so hängt das weitere Verfahren von den Auslassungen des Beklagten ab. Gesteht derselbe alle factischen Voraussetzungen des Interdicts zu, ohne Einreden vorzubringen, so wird nach dem Satz confessus pro judicato habetur der Restitutionsbefehl unbedingt ertheilt und gegen den nun doch noch Ungehorsamen die actio confessoria gegeben. Beim Leugnen des Beklagten kommt es zur Ertheilung des bedingten Restitutionsbefehls (quem in locum nunciatum est etc.) und zum Verfahren vor dem judex

1) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 218 ff.

2) Z. B. wenn der Kläger sich auf eine von seinem Sclaven oder nicht in re praesenti vorgenommene Nunciation stützt. — Natürlich wurde auch infolge einer vom Kläger sofort zugestandenen Einrede das Interdict denegirt.

behufs der Untersuchung über das Vorhandensein der Bedingungen, falls der Beklagte im Gefühl seines Rechts dem bedingten Restitutionsbefehl nicht freiwillig Folge leistete.

Diese Restitutionsbedingung ist nach dem in l. 20. pr. h. t. enthaltenen Formular eine doppelte: einmal eine giltige *o. n. n.* und dann Contravention dagegen, ohne daß Beklagter Caution geleistet oder Remission erlangt hat.

1) Was zunächst die erste Voraussetzung, eine giltige Nunciation, anbelangt, so hat in dieser Hinsicht der Kläger im Allgemeinen das Vorhandensein der früher erörterten Erfordernisse einer solchen zu beweisen, also daß ein opus novum in solo factum im Sinne des Edicts vorliege, daß die Nunciation in re praesenti und in Gegenwart einer domini operisve nomine anwesenden Person geschehen sei u. s. w. Daß die einmal giltig vorgenommene Nunciation nicht erloschen sei, sondern bis zur Contravention fortgedauert habe, hat Kläger nicht zu beweisen, sondern es ist Sache des Beklagten, eine desfallsige rechtvernichtende Einrede vorzuschützen[3]).

Besonders bestritten ist aber, ob zum Beweis der Giltigkeit der o. n. n. auch der Nachweis gehöre, daß der Kläger die Befugniß zu derselben gehabt habe,

3) Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß der Kläger Successor des Nuncianten ist: der Beklagte muß sich dann auf das Erlöschen der Nunciation durch Tod oder Veräußerung berufen; dem gegenüber kann aber dann der Kläger noch vorbringen, daß die Contravention vor Eintritt der Succession stattgefunden habe.

also daß er Eigenthümer, Superficiar u. s. w. des durch das opus beeinträchtigten Grundstücks gewesen sei.

Nach den Meisten[4]) ist die Berechtigung zum Einspruch keine Voraussetzung für die Anstellung des Interdicts und wird über die Existenz des Nunciationsgrundes im demolitorischen Proceß nicht verhandelt. Dagegen behauptet Hasse (a. a. O. S. 607.), der Kläger müsse beweisen, daß er das Recht gehabt habe, dieses Grundstück durch die Nunciation zu vertreten; wenn also der Bauende wisse, daß der Nunciant gar nicht Eigenthümer, Usufructuar u. s. w. des anliegenden Gutes sei, so brauche er sich an die Nunciation nicht zu kehren[5]). Diese Ansicht ist in neuerer Zeit ausführlich vertheidigt worden von Karlowa (Beiträge S. 62—64.). Zu beachten ist, daß nach derselben nicht der Beweis des jus prohibendi verlangt wird, sondern nur der Nachweis eines solchen Verhältnisses zu dem bedrohten Grundstück, welches die Berechtigung zu dessen Vertretung giebt. Gegenüber den ausdrücklichen Aussprüchen der Quellen, nach welchen es sich beim interd. demol. nicht um das jus prohibendi und faciendi handelt (vgl. oben Ziff. 31. i. Anf.), war allerdings diese Beschränkung nothwendig geboten. Aber selbst mit dieser Beschränkung läßt sich die Behauptung, daß der Nachweis eines Rechts Seitens des Nuncianten erforderlich sei, nicht halten. Karlowa meint: „aus dem Satz der Quellen, daß es sich bei diesem Interdict

4) Vgl. Hesse Einspruchsrecht S. 152. Stölzel S. 227. ff. Rudorff S. 139. 140. Schmidt a. a. O. VIII. S. 34.

5) Vgl. auch Vangerow S. 552. u. A.

nicht um das jus prohibendi und faciendi handle, folge nur, daß, wenn z. B. ein Eigenthümer wegen einer Gebäudeservitut nunciire, beim Interdictsproceß die Frage ausgeschlossen bleibe, ob dem Grundstück die Servitut zusteht oder nicht, sein Eigenthum aber müsse er beweisen; ebenso müsse der Eigenthümer, der das Bauen auf seinem Grund und Boden einem Andern untersagt, zu seiner Legitimation sein Eigenthum nachweisen: über sein Prohibitionsrecht werde damit doch noch nicht entschieden, denn es sei noch nicht constatirt, daß der Andere kein jus faciendi, kein Servitutrecht habe, dazu bedürfe es einer Klage, bei welcher auch das Bestehen oder Nichtbestehen eines Servitutrechts in Frage kommen könne, also der actio negatoria."

Was zunächst den letzten Fall betrifft, wenn der zur actio negatoria Berechtigte nunciirt, so würde er, wenn er im demolitorischen Proceß sein Eigenthumsrecht nachweisen müßte, doch ganz denselben Beweis zu führen haben, der ihm bei der petitorischen Klage auch obliegen würde[6])! Das würde aber zu dem Character des interd. demol., welches auf dem rein formellen Gesichtspunct des facere contra edictum beruht, schlecht passen. Auch bezieht sich das jus faciendi und das jure facere (in l. 1. pr. l. 20. §. 1. 3. h. t.) keineswegs blos auf das Recht des Beklagten, infolge einer Servitut zu

6) Der Umstand, daß hier beim interd. demol. nicht gerade die exclusive Natur des Eigenthumsrechts geltend gemacht wird und daß der Beklagte sich hier nicht auf ein jus faciendi infolge einer Servitut berufen darf, ändert doch daran nichts, daß dem Kläger genau dieselbe Last hinsichtlich des Beweises obliegen würde wie bei der actio negatoria.

bauen, sondern eben so gut auf das eine Baubefugniß gewährende Eigenthum: wenn also dem in suo bauenden Eigenthümer nunciirt ist, so dürfte er sich dem Nuncianten gegenüber im demolitorischen Proceß auch nicht auf sein Eigenthumsrecht berufen, und doch wird in l. 2. h. t. die Nunciation des Usufructuars gegenüber dem Eigenthümer als inutilis bezeichnet — was offenbar eine gewisse Rücksichtnahme auf das jus faciendi voraussetzt, indem sonst Beklagter mit seiner Behauptung, er sei Eigenthümer und Nunciant Usufructuar, gar nicht gehört werden könnte[7]). Noch deutlicher tritt die Unrichtigkeit jener Ansicht in dem Fall hervor, wenn wegen Verletzung einer dem Grundstück zustehenden Servitut nunciirt worden ist. Was soll hier der von Karlowa geforderte und für genügend gehaltene Beweis des Eigenthums des Nuncianten nützen? Wenn mein Nachbar auf seinem Grundstück baut, so habe ich aus meinem blosen Eigenthumsrecht heraus weder die Befugniß zu einer actio negatoria noch zu einer o. n. n., dieser Beweis kann also unmöglich eine genügende Legitimation für die o. n. n. bezüglich für das interd. demol. sein. Vielmehr könnte als gehörige Legitimation stets nur der Nachweis des Servitutrechts betrachtet werden und dieser wäre wieder identisch mit dem bei der actio confessoria zu erbringenden Beweis. In der That kommt Karlowa in Widerspruch mit seiner eigenen Behauptung, daß, wenn wegen einer Servitut nunciirt wird, die Frage, ob dem Grundstück die Servitut zustehe oder nicht, ganz ausge-

7) Wie dies mit unserer Ansicht, daß weder jus prohibendi noch faciendi zu beweisen sei, zu vereinigen ist, wird sich im Folgenden zeigen.

schlossen bleibe und nur der Beweis des Eigenthums zu erbringen sei, denn er sagt kurz darauf: „nunciirt eine nicht legitimirte Person in eigenem Namen, so hat das rechtlich gar keine Wirkung; so sagt Julian von dem, welcher wegen einer via nunciirt: nihil agit.“ Danach genügt also doch der Beweis des Eigenthums nicht, der Nunciant ist dadurch nicht legitimirt, sondern erst durch die Servitut und dies muß eine solche sein, die das Recht zur Nunciation giebt, also z. B. nicht eine servitus viae. Will man einmal den Beweis der Legitimation fordern, so darf man nicht blos den Beweis eines zur Vertretung des Grundstücks im Allgemeinen berechtigenden Verhältnisses verlangen, sondern dann muß man consequent einen Schritt weiter gehen und das Erforderniß des Beweises desjenigen Rechts, wegen dessen nunciirt worden ist, aufstellen. Das ist aber eben nach dem oben Ausgeführten unzulässig, indem dadurch das interd. demol. seinen Character ganz und gar verlieren und im Wesentlichen mit der petitorischen Klage identisch werden würde.

Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß die erste Ansicht — wonach über die Berechtigung zum Einspruch, über den Nunciationsgrund, im demolitorischen Proceß gar nicht verhandelt wird — durchaus richtig sei. Nur das ist wahr, daß die Berechtigung nicht zum Gegenstand des Beweises vor dem judex gemacht wird. Natürlich kann, wie Schmidt (VIII. 34.) hervorhebt, nicht jeder beliebige Dritte aus einer von einem Anderen vorgenommenen Nunciation das interd. demol. anstellen, sondern nur derjenige, von dem oder für den der Einspruch erhoben worden ist. Aber auch dies ist noch zu weit. Nicht Jeder, der factisch ein Verbot ausgesprochen

und der rechtlich ein Interesse an der Unterlassung des opus hat, ist zur Erhebung des interd. demol. berechtigt, sondern nur der, der rechtsgiltig eine o. n. n. vornehmen kann, der Eigenthümer, Superficiar, Pfandgläubiger, Inhaber einer geeigneten Servitut u. s. w. Also der Miether, der Pachter, der Inhaber einer servitus viae haben trotz des unter Beobachtung aller formellen Erfordernisse erhobenen Einspruchs ein interd. demol. nicht. Die Aufzählung der zur Nunciation berechtigten Personen in den Quellen, der darauf bezügliche Ausspruch nunciare potest is ad quem res pertinet, hätte keinen Sinn, wenn auch die Nunciation einer beliebigen anderen Person, z. B. eines Miethers, die inhibirende Wirkung hätte und bei Contravention das Interdict begründete.

Ist das nicht ein Widerspruch? Auf der einen Seite kann nur eine zur o. n. n. berechtigte Person das Interdict anstellen, auf der anderen Seite soll es nach unserer Ansicht doch eines Beweises dieser Berechtigung nicht bedürfen. Der scheinbare Widerspruch löst sich so. Der mit dem Interdict Auftretende muß allerdings vor dem Prätor sich auf einen zur *o. n. n.* berechtigenden Grund berufen: denn wenn sein Antrag in dieser Beziehung als nicht substantiirt erschien, wenn er sich z. B. auf seine Eigenschaft als Miether oder als Inhaber einer servitus viae stützte, so denegirte ihm der Prätor das Interdict ebenso, wie wenn er sich auf eine von seinem Sclaven oder in foro vorgenommene Nunciation bezogen hätte[8]). Wenn aber der

8) Daß der Impetrant in jure den Grund der o. n. n. angiebt, ist eine Nothwendigkeit, weil sonst der Prä-

Antrag des Nuncianten in dieser Weise gehörig substantiirt war durch Angabe eines genügenden die o. n. n. rechtfertigenden Grundes[9]), dann gab der Prätor das Interdict, ohne daß er etwas von diesen subjectiven Beziehungen erwähnte (quem in locum nunciatum est) und ohne daß der Richter über diese Frage eine Untersuchung anzustellen hatte[10]).

tor gar nicht ermessen kann, ob er das Interdict ertheilen soll oder nicht. Die Anschauung von Stölzel (S. 229.), daß, wenn Nunciant ohne Angabe eines Grundes nunciirt habe, er auch bei Erhebung des interd. demol. keinen Grund anzugeben brauche, ist entschieden falsch: es wäre höchst verkehrt, die Zulässigkeit des Interdicts von dem zufälligen Umstand, ob der Nunciant überflüssiger Weise einen Grund angiebt, abhängen zu lassen.

9) Nur insofern kommt für das interd. demol. etwas darauf an, ob jur. nostri conserv. oder damni depell. oder jur. publici t. c. nunciirt worden ist, indem die Befugniß zur Nunciation nach dem Zweck und der Art derselben verschieden ist; bei der o. n. n. jur. nostri conserv. c. ist z. B. der Kreis der berechtigten Personen ein engerer als bei der jur. publ. t. c. Das Resultat der Contravention gegen eine giltige Nunciation ist natürlich überall dasselbe.

10) Außer den oben angegebenen Gründen gegen die Möglichkeit einer nicht mit der des petitorischen Processes zusammenfallenden Beweisführung spricht dafür Folgendes. Die Folge der Contravention gegen eine o. n. n. damni depell. c. ist wie bei anderen Nunciationen das interd. demol.; zu dieser Nunciation ist der berechtigt, der einen Anspruch auf cautio damni inf. hat: wie sollte hier die Legitimation erbracht werden? Ob der Anspruch auf c. damni inf. begründet ist, bestimmt erst der Prätor nach vorgängi-

Aber, wenn auf die Wahrheit des vor dem Prätor angegebenen die Nunciation rechtfertigenden Grundes nichts ankam, konnte da nicht Kläger sich auf einen beliebigen derartigen Grund berufen, der in Wirklichkeit nicht existirte? Die Gefahr lag — obgleich in den Fällen, wo das Nichtrecht des Klägers sich schon in jure evident herausstellte, der Prätor natürlich ohne Weiteres die executio o. n. n$^{\text{is}}$. denegirte[11]) — immerhin nahe genug. Und doch ist nach dem bisher Ausgeführten das Verlangen eines solchen mit dem Beweis bei der petitorischen Klage zusammenfallenden Beweises ein verkehrtes. Unzweifelhaft war ein Schutz gegen Chicane des Klägers dringendes Bedürfniß. Aber das Schutzmittel war nicht

ger causae cognitio. Man würde also der Ertheilung des interd. demol. erst diese causae cognitio vorausgehen lassen müssen, wenn man einmal den vollständigen Beweis der Legitimation verlangen will, und das werden auch die Anhänger jener Ansicht nicht behaupten wollen. — Ferner: welche Bedeutung sollte dann das Remissionsverfahren mit dem bedingten Decret haben, wenn schon beim interd. demol. das materielle Recht bewiesen werden müßte? Erst durch dieses Decret wird die Wirkung der o. n. n. von dem Beweis eines jus prohibendi abhängig gemacht, also kann sie nicht schon vorher davon abhängig gewesen sein. Eine Scheidung des klägerischen Rechts zum Einspruch gegen den Bau und des beklagtischen Rechts zur Vornahme des Baues wäre dann jedenfalls eben so unthunlich, wie sie beim Remissionsproceß unthunlich ist, was Karlowa selbst hinsichtlich des Remissionsprocesses gegen Stölzel ausführt.

11) Daraus folgt selbstverständlich kein Zwang für den Nuncianten, sein Recht zu beweisen. Vgl. auch Stölzel S. 541.

das Erfordern des Beweises, sondern das gewöhnliche Schutzmittel gegen Chicane, das *juramentum calumniae.* Wird der vom Kläger angegebene an sich genügende Grund in jure vom Beklagten geleugnet, so muß Kläger diesen Eid schwören und zwar ohne daß wie sonst der dasselbe verlangende Beklagte seinerseits zuvor de calumnia zu schwören hat:

l. 5. §. 14. h. t. Qui o. n. nunciat, jurare debet non calumniae causa o. n. nunciare. Hoc jusjurandum auctore praetore defertur: idcirco non exigitur, ut juret is ante, qui jusjurandum exigat.

Wenn man bedenkt, daß bei sofort feststehendem Nichtrecht des Nuncianten das Interdict denegirt wurde und daß der Nunciat durch den Antrag auf Remission ein leichtes Mittel dieses interd. demol. zu vermeiden in der Hand hatte, so läßt sich nicht verkennen, daß in dem vom Kläger zu schwörenden juramentum calumniae ein hinreichender Schutz gegen unrechtmäßige Nunciationen bezüglich gegen deren Geltendmachung durch das interd. demol. und ein genügendes Surrogat für den dabei nicht zu führenden Beweis der Existenz des angegebenen Nunciationsgrundes gegeben war[12]). Dazu kommt, daß ohne diese Auffassung das juramentum calumniae keinen rechten Sinn hat und kein rechter Platz für dasselbe sich denken läßt. Der Calumnieneid wird als Erforderniß der o. n. n. hervorgehoben. Wo soll es aber sonst dazu

12) Auch das O.-A.-Gericht zu Jena (Emminghaus Pand. des gem. sächs. Rechts S. 454.) sagt, daß der Nunciant bei Anstellung des interd. demol. sein Interesse vorläufig mittelst Gefährdeeids zu bestärken habe.

kommen, wenn nicht bei Anstellung des interd. demol., und welchen Zweck sollte es hier haben, wenn doch der Beweis des Nunciationsgrundes erbracht werden müßte? Etwa nur den, um festzustellen, daß Kläger nicht das Bewußtsein eines dem Beklagten zustehenden Gegenrechts habe, wodurch einredeweis sein an sich begründetes Klagrecht elidirt werden würde? Das würde schlecht zu dem Satz passen, daß Beklagter im demolitorischen Proceß auf ein solches jus faciendi sich gar nicht berufen darf. Daß bei Vornahme des Nunciationsacts selbst das juram. calumniae habe geleistet werden müssen, wird Niemand im Ernst behaupten. Es bliebe daher nur noch die Möglichkeit, daß es im Remissionsverfahren zu diesem Eid käme. Da aber in diesem dem Nunciaten das Recht zum Fortbau gewährt und die Fortdauer des Banns ausdrücklich von dem Beweis des jus prohibendi, also dem wirklichen materiellen Recht des Nuncianten abhängig gemacht wird, so ist offenbar das Bedürfniß zu dem juram. calumniae hier nicht vorhanden (s. auch unten Ziff. 52. Anm. 88.), wenigstens nicht mehr als bei Anstellung einer petitorischen Klage. Beim interd. demol. ist es aber Bedürfniß und dieses Bedürfniß erklärt sich nur daraus, daß der Kläger einen Beweis seines Nunciationsgrundes nicht zu erbringen hat.

2) Die zweite Voraussetzung des Interdicts ist: Contravention gegen das Verbot. Da es infolge der Wirkung der Nunciation in rem genügt, wenn nur überhaupt etwas gegen das Verbot geschehen ist, ohne Rücksicht darauf, wer zuwider gehandelt hat, so braucht der Kläger an sich auch nichts weiter als das factum esse contra edictum zu beweisen. Natürlich erweitert sich aber diese Beweispflicht, wenn er den Be-

klagten auf Restitution in vollem Umfang belangt, indem er dann auch die Thäterschaft desselben darzuthun hat. Der Umfang des vom Kläger zu führenden Beweises richtet sich also im Näheren nach der Person des Beklagten in der Weise, wie dies früher ausgeführt worden ist.

Von selbst versteht es sich, daß das fortgesetzte Bauwerk mit dem verbotenen identisch sein muß. Wem also z. B. auf Grund einer servitus altius non tollendi nunciirt worden ist, der darf vorhandene Gebäude unbedenklich niederreißen, und wem wegen einer servitus ne luminibus officiatur Einspruch erhoben ist, der kann das Werk so lange fortsetzen, als er das Lichtrecht des Nuncianten nicht beeinträchtigt[13]); wenn eine o. n. n. nur gegen einen örtlich begrenzten Theil eines Werks gerichtet war, so darf der Nunciat die übrigen Theile ungestraft vollenden[14]) u. s. w. In allen diesen Fällen liegt keine Fortsetzung des verbotenen Werks vor, und wenn doch geklagt wird, so wird der Beklagte absolvirt bezüglich bei sofortiger Liquidität das Interdict denegirt.

Um sich den Beweis dessen, was nach der Nunciation gemacht worden, zu sichern, pflegte man Zeugen zuzuziehen und Maße zu nehmen, und da dies in den gewöhnlichen Fällen, bei Bauten des Nunciaten auf

13) L. 15. de S. P. U. 8. 2. — quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur opusque ei novum nunciari potest, si modo sic faciat, ut lumini noceat. Es muß also m. a. W. das prätendirte Recht durch das opus wirklich verletzt sein.

14) L. 5. §. 15. h. t.

seinem eigenen Grund und Boden nicht geschehen konnte, ohne in das Gebiet desselben einzugreifen, so ließ man sich vom Prätor ein eigenes Decret zu diesem Behufe geben[15]).

41. II. Was die Vertheidigung des Beklagten anbelangt, so ist zunächst festzuhalten, daß es infolge des Vorbringens desselben in jure, wenn die betreffenden Thatsachen sofort feststehen, zur denegatio interdicti kommen kann[16]). Abgesehen davon muß man wie bei allen anderen Klagen unterscheiden, ob das Vorbringen des Beklagten lediglich ein Leugnen der klagbegründenden Thatsachen enthält, welchenfalls den Beklagten keine Beweislast trifft und derselbe nur auf dem Wege des directen Gegenbeweises gegen den klägerischen Beweis ankämpfen kann, oder ob diese Behauptungen wirkliche Einreden i. w. S. sind, deren Beweis dem Beklagten obliegt.

1) Diese Einreden können nach allgemeinen Grundsätzen an sich dreifacher Art sein. Einmal sog. verneinende Einreden, wenn der Beklagte sich auf rechthindernde Thatsachen beruft, d. h. wenn er zwar zugiebt, daß die vom Kläger behufs der Begründung seines

15) L. 8. §. 1. 5. h. t.

16) Z. B. wenn feststeht, daß es sich bei dem opus um Refection einer Cloake handelt oder die salus publica die Vornahme des opus erheischt oder periculum in mora ist. Ebenso in gewissen Fällen, wo in jure bezüglich nach der an sich formell giltigen Nunciation noch etwas hinzukommen muß, z. B. wenn die cautio rati von Seiten des Procurators oder wenn das juram. calumn. verweigert wird.

Antrags anzuführenden Thatsachen vorliegen, aber behauptet, daß im concreten Fall diese Thatsachen wegen eines ihrer Wirksamkeit entgegenstehenden Hindernisses einen Anspruch des Klägers zu begründen nicht im Stande seien, wie z. B. daß das opus zum Zweck der Refection einer Kloake gemacht worden sei, oder — nach der Ansicht mancher Pandectenjuristen, wonach die o. n. n. nach Ablauf eines Jahres nicht wiederholt werden durfte [17]), — daß früher schon einmal wegen desselben opus nunciirt worden und jetzt nach Ablauf eines Jahres von Neuem die Nunciation vorgenommen sei. Sodann rechtvernichtende Einreden, wenn der Beklagte zugiebt, es sei giltig und wirksam nunciirt, aber behauptet, die Wirkung der Nunciation sei durch spätere Thatsachen wieder aufgehoben worden, wie z. B. daß der ursprüngliche Nunciant gestorben sei oder das Grundstück veräußert habe [18]), oder daß der Bann infolge Cau-

17) L. un. C. h. t. Vgl. unten Ziff. 73.

18) L. 8. §. 6. h. t.: morte ejus qui nunciavit exstinguitur nunciatio, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi. Das jus prohibendi ist hier natürlich nicht das materielle Verhinderungsrecht, welches die Befugniß zur actio negatoria oder confessoria giebt; dieses geht auf Universal- wie Singularsuccessoren über. Es ist vielmehr diejenige Verhinderungsbefugniß, welche aus der o. n. n. hervorgeht und deren Verletzung mit dem interdictum demol. geltend gemacht wird. Vgl. Stölzel S. 71 ff. Demnach enthält der Schlußsatz keinen Grund für den ersten, sondern nur eine Wiederholung und Umschreibung desselben. Welches ist aber der Grund für dieses Erlöschen der o. n. n.? Vielleicht der, daß der in der o. n. n. sich bethätigende Verhinderungswille,

tion oder Remission gelöst sei. Endlich wirkliche exceptiones im römischen Sinn, wenn der Beklagte die giltige Entstehung und das gegenwärtige Fortbestehen des Banns gar nicht leugnet, aber dennoch wegen eines anderen Umstands dem Kläger die Klagberechtigung abspricht[19]).

der doch die Grundlage der o. n. n. ist (vgl. auch oben Ziff. 11. Anm. 27.), activ fortdauern muß, bis eine Verletzung stattgefunden hat: ein Fortbauen nach Aufhören des Willens, sei es factisch durch Tod oder rechtlich durch Wegfall des Interesses wie bei der Veräußerung, ist keine Verletzung des Willens, es trifft das, da der Nunciant seinen Willen nicht auf den Successor übertragen kann, auf einen nicht mehr existirenden Willen und erzeugt eine Wirkung ebensowenig wie die Acceptation eines revocirten Versprechens. Streng genommen würde freilich dieses Princip dahin führen, daß wie durch Tod so auch durch Wahnsinn des Nuncianten der Bann erlösche. Diese Consequenz zuzulassen wäre aber doch sehr bedenklich, von den Römern ist es sicher nicht geschehen. Dazu kommt, daß das Erlöschen morte et alienatione vielleicht noch mehr als diesen principiellen einen practischen Grund hat, nämlich den, daß der Bann, der schon auf Seiten des Nunciaten eine dingliche Wirkung hat, nicht auch auf Seiten des Nuncianten eine solche Ausdehnung haben soll. Dieser Grund greift beim Wahnsinnigwerden des Nuncianten nicht ein. — Wenn Schmidt (Zeitschr. für Civilrecht und Proc. VIII. S. 30.) den Grund des Erlöschens der o. n. n. durch Tod des Nuncianten in dem Character der Nunciation als eines Besitzactes sieht, so erklärt das doch nicht das Erlöschen durch Veräußerung.

19) Dabei ist zu bemerken, daß diese Begriffe hier in gewisser Beziehung in einander übergehen, so daß eine

Von den einfachen Fällen, wo der Beklagte solche Behauptungen vorbringt, die lediglich Material für den

und dieselbe Thatsache rechthindernd und rechtvernichtend sein kann, je nachdem man nämlich die nächste Wirkung der Nunciation, den auf dem opus ruhenden Bann, oder die weitere Wirkung, die durch die Contravention begründete Restitutionspflicht, im Auge hat. So ist durch Remission und Caution der bis dahin bestehende Bann wieder aufgehoben, der Restitutionspflicht und dem interd. demol. gegenüber ist aber die Behauptung der Remission und Caution eine verneinende Einrede, indem Beklagter sagt: durch Fortsetzung des opus ist gar kein Interdict entstanden, da in Folge der Remission die o. n. n. aufgehoben ist. — Von dem letztern Gesichtspunct aus sind fast alle Einreden verneinende. Auch die in l. 1. §. 10. h. t. ausdrücklich als exceptio bezeichnete exc. conventionis d. h. die Behauptung, daß nach der o. n. n., aber vor der Contravention dem Nunciaten vertragsmäßig die Erlaubniß zum Fortbauen eingeräumt sei. Daß diese Verabredung doch als exceptio bezeichnet wird, hat darin seinen Grund, weil das einmal ausgesprochene Verbot wie ein jussus praetoris betrachtet wurde, der durch Privatübereinkunft nicht direct und ipso jure wieder aufgehoben werden konnte — eine Anschauung, die sich darin zeigt, daß in l. 1. §. 10. cit. die Frage aufgeworfen wird, ob überhaupt die Berufung auf eine solche spätere Verabredung zulässig sei (ne pactio privatorum jussui praetoris anteposita videatur): nun bejaht zwar der Jurist die Frage (quid enim aliud agebat praetor quam hoc, ut controversias eorum dirimeret? a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere), aber der Prätor muß aus diesem formellen Grunde die Uebereinkunft besonders als exceptio in die Formel aufnehmen, ohne diese Aufnahme würde der judex auf Grund der blosen

directen Gegenbeweis bilden, sehen wir hier ab und betrachten nur die hauptsächlichsten der Einreden i. w. S.

Nach l. 5. §. 11—13. h. t. kann Beklagter sich darauf berufen, daß die *salus publica* die Fortsetzung des opus erheische oder daß durch die Verhinderung für ihn unersetzlicher Nachtheil drohe und *periculum in mora* sei. Dieser Einwand wird von Manchen als eine wirkliche exceptio betrachtet. So meint Hesse (Einspruchsrecht S. 156.) wegen der Worte ‚praeterea generaliter praetor cetera quoque opera excepit', er sei eine ständige exceptio gewesen, und auch Hasse (a. a. O. S. 611.) rechnet ihn unter die in unserem Titel ausdrücklich bestätigten exceptiones. Dagegen ist von Anderen[20]) mit Recht geltend gemacht worden, daß es zu diesem Behufe einer besonderen exceptio nicht bedurft habe, da es schon infolge der Formel ‚si paret contra edictum illius praetoris opus factum esse' dem judex obliege, den Begriff des opus factum im

Formel quem in locum nunciatum est etc. sie nicht berücksichtigen können. — Hingegen ist es eine wirkliche exceptio, wenn nach der Contravention die Verabredung dahin getroffen wird, daß der Nunciant das dadurch begründete Recht nicht geltend machen wolle, indem diese Vereinbarung ganz den Character eines pactum de non petendo hat. Ebenso die seit Theodosius zulässige exc. temporis, wenn seit der Contravention 30 Jahre verflossen sind. Diese Einreden sind nicht gegen die inhibirende Wirkung der Nunciation, sondern gegen den aus der Contravention hervorgegangenen Klaganspruch gerichtet.

20) Vgl. Schmidt a. a. O. VIII. S. 38. A. 34. Rudorff a. a. O. S. 133.

Sinn des Interdicts zu interpretiren, und in diesem Fall, für welchen eine eigene Edictsstelle die o. n. n. untersage, eine Nunciation im Sinne des Interdicts nicht vorliege[21]).

Von der *exceptio conventionis* ist in unserem Titel blos in l. 1. §. 10. die Rede; außerdem wird sie noch

21) Dies wird auch bestätigt durch l. 5. §. 13. h. t.: proinde si quis, cum opus hoc mora periculum allaturum esset, nunciaverit o. n. — dicemus apud judicem quaeri oportere, an talia opera fuerint, ut contemni nunciatio deberet: nam si apparuerit vel in cloaca rivove eove, cujus mora periculum allatura esset, dicendum est non esse verendum, ne haec nunciatio noceret. Unrichtig ist die Ansicht von Karlowa (S. 64. A. 15.), daß der hier genannte judex nicht, wie Rudorff (S. 128) und Schmidt (a. a. O. S. 214. A. 6.) annehmen, der judex aus dem interd. demol. sei, sondern die Stelle vielmehr von der Frage handle, wie sich der Nunciat helfen könne, wenn er zweifle, ob das von ihm beabsichtigte opus zu den im Edict ausgenommenen gehöre oder nicht. Stölzel (S. 167. 209.) versteht, wie Karlowa, die Stelle von einer richterlichen Untersuchung vor Fortsetzung des Werks und zwar im Remissionsproceß, der judex könne auch der Magistrat sein. Wie paßt aber dazu das Perfectum ‚an talia opera *fuerint* ut contemni *deberet*‘? Das apud judicem quaeri oportere bedeutet nicht eine Anfrage beim judex Seitens des Nunciaten, sondern eine Untersuchung des judex über diesen Punct und die Worte non esse verendum, ne haec nunciatio noceret sagen nur, daß in einem solchen Fall aus der Nunciation dem Unternehmer kein Nachtheil erwächst und derselbe daher unbesorgt das opus fortsetzen könne.

erwähnt in l. 7. §. 14. de pact. 2. 14[22]). Daß diese Einrede, wenn die Verabredung vor der Contravention getroffen ist, in Wahrheit materiell unter den Begriff einer rechtvernichtenden Einrede fällt und nur aus formellen Gründen als exceptio bezeichnet wird, sowie daß im Fall einer solchen Verabredung nach bereits geschehener Contravention eine wirkliche exceptio begründet ist, ist bereits oben (Anmerkung 19.) hervorgehoben worden. Ob hinsichtlich der in den beiden citirten Stellen erwähnten Verabredungen der materielle Unterschied besteht, den Stölzel (S. 232.) darin finden will — daß nämlich das pactum ne o. n. n.em exsequar in der letzteren Stelle nur einen Verzicht auf das interd. demol., nicht aber auf die regulären Klagen enthalte, das pactum ut opus faceres in der erstern hingegen eine Anerkennung oder Constituirung des jus faciendi, so daß es auch im petitorischen Proceß eine wirksame Einrede abgeben würde — dürfte sehr zu bezweifeln sein. Es ist kaum glaublich, daß ein römischer Jurist ein Bedenken über die Wirksamkeit eines solchen pactum gehabt hätte, wenn sein

22) In der letzteren Stelle wird — nachdem wie auch in der ersten der Zweifel mancher Juristen, ob überhaupt eine solche Verabredung giltig sei, quasi in ea re praetoris imperium versetur, erwähnt worden — von Labeo unter Billigung Ulpian's unterschieden: ut si ex re familiari o. n. n. sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, und der Grund für die Unzulässigkeit einer derartigen Vereinbarung liegt offenbar in der Unfähigkeit des Einzelnen zu einer Disposition über das öffentliche Recht. Vgl. Schmidt a. a. O. VIII. S. 38. Vgl. auch unten Ziff 60. bei Anm. 56.

Inhalt der gewesen wäre, daß dem Nunciaten dadurch ein definitives Baurecht eingeräumt werde. Vielmehr bezieht sich die conventio, ut opus faceres lediglich auf die Aufhebung der Wirkung der o. n. n.: ob dann noch ein weiter gehender Wille darin zu erblicken ist, wird reine quaestio facti sein. Auf der anderen Seite ist durchaus nicht gesagt, daß die pactio ne o. n. n.^em^ exsequar blos einen Verzicht auf das bereits begründete interd. demol. enthalte, also nach der Contravention abgeschlossen sei, sondern es ist ebensogut möglich, daß diese Verabredung vor der Contravention getroffen wird und den Sinn hat, der Nunciant wolle auf die bis dahin eingetretene Wirkung der Nunciation verzichten, also den Bann so aufheben, daß aus dem Weiterbauen gar kein interd. demol. entsteht.

In Bezug auf diese exceptio conventionis wird von Manchen die Frage aufgeworfen, ob dieselbe auch für und gegen die Successoren gelte[23]). Man wird hier — soweit es sich überhaupt um die Wirkung einer solchen Vereinbarung handelt, also abgesehen von dem Erlöschen der o. n. n. durch Tod des Nuncianten vor der Contravention u. s. w. — einfach so unterscheiden müssen: wenn das pactum vor der Contravention abgeschlossen ist, so ist damit der ganze Bann aufgehoben, indem diese Thatsache materiell rechtvernichtend wirkt, die Fortsetzung des opus erscheint dann nicht mehr als eine verbotene und es kann daher von Niemandem und gegen Niemanden das interd. demol. angestellt werden,

23) Vgl. Hasse a. a. O. S. 610. Heimbach im Rechtslex. VII. S. 594.

ohne daß die exceptio conventionis entgegensteht[24]); wenn hingegen erst nach der Contravention, also nachdem das interd. demol. schon begründet war, die Verabredung getroffen ist, so greifen einfach die Grundsätze des pactum de non petendo Platz d. h. es ist quaestio facti, ob dasselbe auf die Person der dasselbe Abschließenden beschränkt sein soll oder nicht.

Hinsichtlich der Einrede der Verjährung müssen verschiedene Fälle auseinandergehalten werden. Nach älterem Recht erlosch die Wirkung der o. n. n. durch Ablauf eines Jahres, sie hatte von vornherein diese zeitliche Beschränkung und der Bann fiel von selbst nach Ablauf dieser Zeit weg[25]). Wenn nun Beklagter sich darauf berief, daß seit Erhebung des Einspruchs bereits ein Jahr verflossen und erst dann das opus fortgesetzt sei, so war das offenbar gegenüber der nächsten Wirkung der o. n. n., dem Bann, eine rechtvernichtende, gegenüber der Entstehung des interd. demol. eine rechthindernde Thatsache. Sodann war nach Ansicht mancher römischer Juristen nach Ablauf eines Jahres eine neue o. n. n. unzulässig: wenn nun Beklagter mit Bezug hierauf einwendete, daß der jetzigen Nunciation vor einem Jahr schon eine andere vorausgegangen sei, so war das auch in Bezug auf die nächste Wirkung der o. n. n. eine rechthindernde Thatsache, indem der äußerlich giltig vorgenommene Nunciationsact eine Wirkung zu erzeugen gar nicht im Stande war. Wenn endlich der

24) Der Bann ist insofern ebenso aufgehoben wie durch Remission und Caution. Vgl. Ziff. 42.

25) L. un. C. h. t.

Beklagte nach Einführung der Theodosischen Klagverjährung behauptet, daß seit der Contravention 30 Jahre verflossen seien, so ist das eine wirkliche exceptio[26]).

42. 2) Besonders bestritten ist der Character **der Remission und der Caution**: ob nämlich die Wirkung derselben darin besteht, daß die Nunciation bezüglich der dadurch begründete Bann ipso jure aufgehoben oder nur eine exceptio gegen das Interdict geschaffen wird[27]). Sicher wirken aber beide Aufhebungsgründe wenigstens materiell rechtvernichtend ipso jure, so daß der Bann allgemein und definitiv beseitigt ist: während vorher auch dritte Personen dem interdictum demolitorium haften, ist im Moment der Remissionsertheilung und Cautionsleistung nicht blos der Remissionsсucher und Cavent gegen dieses Interdict geschützt, sondern auch gegen Dritte kann dasselbe nicht mehr angestellt werden. Speciell in Bezug auf die Caution ist die Annahme der Aufhebung ipso jure noch in zwei Richtungen wichtig, einmal für den Fall, daß die Cautionsfrist (l. 13. §. 1. h. t.) abgelaufen ist, und sodann für den Fall, wenn der Nunciant nach anfänglicher Weigerung nachträglich doch zur Annahme der Caution bereit ist und nunmehr der Nunciat die Caution nicht leisten will: in beiden Fällen kann nicht aus der alten o. n. n. mit dem interd. demol. ge-

26) Siehe oben Anm. 19.

27) Für das erstere Hasse a. a. O. III. S. 611. 621. Stölzel S. 231. 232.; für das letztere Karlowa a. a. O. S. 72., Rudorff a. a. O. S. 133. Hesse Einspruchsrecht S. 153.

klagt werden (s. Ziff. 62.). — Der Beweis dafür, daß die Remission wirklich ipso jure den Bann aufhebt, liegt in dem Character des Remissionsdecrets, welches seinem Wesen nach in nichts anderem besteht, als in der Umwandlung des bis dahin unbedingt wirkenden Privatverbots in ein von der Existenz des jus prohibendi abhängig gemachtes prätorisches Verbot: in dieser Umwandlung in einen neuen Zustand liegt naturgemäß eine Aufhebung des alten Zustands, der die Grundlage des interd. demol. bildete. Die durch die o. n. n. geschaffene generelle in Bezug auf die Personen ganz unbestimmte Verpflichtung ist durch das Remissionsdecret zu einer speciellen Verpflichtung einer bestimmten Person geworden[28]). Nicht anders ist es bei

28) Ebenso ist es, wenn die generelle Verpflichtung aus der o. n. n. durch Contravention in eine specielle Verpflichtung einer bestimmten Person zur Restitution verwandelt wird. Auch hier ist jene alte Verpflichtung erloschen. Das Verbot hat seinen Zweck, Verhinderung des opus, nicht erfüllt, dafür entsteht nun der Anspruch auf Restitution des opus. Mit dieser Umwandlung hat die o. n. n. ihre Rolle ausgespielt und neben dem interd. demol. gegen den contravenirenden Nunciaten A steht nicht etwa ein neues interd. demol. gegen den B zu, wenn dieser seinerseits das dem A gegenüber erlassene Verbot nicht respectirt. Die Umwandlung durch Remission unterscheidet sich von der Umwandlung durch Contravention nur dadurch, daß im ersten Fall der die specielle Verpflichtung klagend geltend machende Nunciant den Beweis des Rechts zu erbringen hat. — Daß das Remissionsdecret trotz der Fassung in eo nunciatio teneat doch nur gegen den Remissionssucher geht, nicht gegen

der Caution: an die Stelle der generellen negativen Verpflichtung nicht zu bauen tritt die specielle positive Verpflichtung des Caventen zu restituiren, der alte Zustand ist vollständig beseitigt; daß die Caution in ihrer Wirkung der Remission ganz gleichsteht, wird außerdem ausdrücklich bezeugt[29]).

Ein Einwand gegen die Ansicht, daß die Remission ipso jure wirke und keine wahre exceptio sei, ist jedoch noch zu widerlegen. Es könnte nämlich dieser Ansicht der Inhalt des 19. Capitels der lex Rubria zu widersprechen scheinen, wo ausdrücklich von einer exceptio remissionis die Rede ist. Die den Schluß des 19. Capitels bildenden uns erhaltenen Worte lauten:

— jussum judicatumve erit id ratum ne esto. quoque quisque quomque de ea re decernet interdicetve seive sponsionem fieri judicarive jubebit judiciumve quod de ea re dabit, is in id decretum interdictum sponsionem judicium exceptionem addito addive jubeto: ‚qua de re operis novi nunciationem IIvir IIIIvir praefectusve ejus municipiei non remeisserit.‘

Rudorff (a. a. O. S. 133.), der auch die Worte des Interdictsformulars ‚antequam nunciatio missa fieret‘ für eine wahre ständige exceptio erklärt, findet den Unterschied dieses Zusatzes von der exceptio

Dritte — ebenso wie die actio ex stipulatu aus der cautio ex o. n. n. nur gegen den Caventen — versteht sich von selbst (interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt l. 1. §. 3. de interd. 43. 1).

29) Vgl. unten Ziff. 62.

legis Rubriae nur darin, daß im Edict die Exception unpersönlich d. h. ohne Bezeichnung des Remittirenden abgefaßt sei, während die lex Rubria, die den Ortsobrigkeiten die Remission erst delegirt habe, überall eine dieser Delegation entsprechende Angabe des remittirenden Municipalmagistrats befohlen habe. Ebenso schreibt Schmidt (Interdictenverf. S. 99. 100.) dem Zusatz ‚antequam nunciatio missa fieret‘ die gleiche materielle Bedeutung wie der exc. legis Rubriae zu und meint deßhalb, es könne zur Zeit der lex Rubria das Interdict des Edicts jenen Zusatz noch nicht enthalten haben, es habe denselben vielmehr erst bald nach der lex Rubria erhalten[30]).

Stölzel (S. 235. 268.) und Karlowa (S. 70 ff.) hingegen erblicken in der exc. legis Rubriae etwas materiell anderes als in dem Zusatz ‚antequam nunciatio missa fieret.‘ Ersterer, der in der Remission durch den Prätor einen ipso jure wirkenden Tilgungsgrund sieht, meint, daß die Remission eines niederen Magistrats dasjenige, was der Prätor in's Leben gerufen und mit seinem Schutz versehen habe, nur auf einem Umwege, per exceptionem, habe beseitigen können, und schließt dann aus dem nach der lex Rubria sich ergebenden Interdictsformular weiter, daß danach jede vor Auswirkung des Interdicts, also auch die nach der Fortsetzung des Werks geschehene Remission einen Schutz gegen das Interdict gebe. Daß letzteres nicht richtig ist, werden wir im Folgenden sehen[31]). Aber

30) Gegen Schmidt vgl. Karlowa S. 71. A. 24.; gegen Schmidt und Rudorff vgl. Stölzel S. 269. A.*

31) Vgl. Ziff. 43. bei Anm. 35.

auch die Erklärung der exc. legis Rubriae dadurch, daß der Act eines Municipalmagistrats eine zufolge des prätorischen Edicts wirksame o. n. n. nicht annulliren, sondern nur eine dieselbe entkräftende exceptio hervorbringen könne, ist nicht haltbar, da, wie Karlowa (S. 73. A. 26.) richtig bemerkt, die Acte der Municipalmagistrate, sofern sie nur keine Competenzüberschreitung enthalten, dieselbe Wirkung haben wie die des Prätors, und hier ist ja gerade die Befugniß des Prätors den Municipalmagistraten durch ein besonderes Gesetz übertragen. — Karlowa erblickt in der exc. legis Rubriae einen Beweis dafür, daß auch die späteren opera, die nach der Remission vorgenommen sind, unter Umständen edictswidrig sein könnten, indem nach dieser exceptio nicht zwischen Bauten, die vor und solchen, die nach der Ertheilung des Remissionsdecrets vorgenommen sind, unterschieden werden könne, sondern diese exceptio nur demjenigen Interdict einverleibt werde, welches wegen der nach ertheiltem Remissionsdecret vorgenommenen Bauten ausgewirkt werden könne. Es hängt diese Ansicht Karlowa's mit seiner Auffassung des bedingten Remissionsdecrets, die wir später ausführlich zu betrachten haben werden, zusammen. Wenn nun auch dieser Auffassung ein richtiger Gedanke zu Grunde liegt, so ist doch das nicht richtig, daß er aus dem bedingten Remissionsdecret wegen des Bauens nach demselben ein — wenn auch anders als das gewöhnliche bei Bauten vor der Remission zustehende gefaßtes — interd. demolitorium giebt. Das Rechtsmittel, welches dem Nuncianten gegen den nach der Remission fortbauenden Nunciaten unter der Voraussetzung des Beweises seines jus prohibendi zusteht, ist, wie wir sehen werden, gar kein restitutorisches

Interdict[32]): die lex Rubria spricht aber von einem restitutorischen Interdict und dieses ist in der That kein anderes als das gewöhnliche interd. demolitorium.

Wenn nun nach unserer eigenen Auffassung die lex Rubria sich auf das interd. demolitorium bezieht und wenn ferner die Acte der Municipalmagistrate die gleiche Wirksamkeit wie die des Prätors haben, folgt dann nicht aus dem Umstand, daß hier eine exceptio remissionis gegen das interd. demolitorium gegeben wird, mit Nothwendigkeit, daß auch die remissio praetoris nur ope exceptionis wirkt? Es dürfte sich aber dieses Bedenken in einfacher Weise heben lassen. Die lex Rubria gab den gallischen Municipalmagistraten die Befugniß, die infolge einer o. n. n. nöthige Remission zu ertheilen, und schrieb speciell vor, daß der später in Thätigkeit gesetzte höhere Magistrat, also wenn der Nunciant beim Prätor das interd. demol. beantragte, die vom Municipalmagistrat ertheilte Remission berücksichtigen und in die Formel des Interdicts, der Sponsion und des Judiciums die Einrede aufnehmen solle: ‚wenn nicht durch den Duumvir u. s. w. die o. n. n. bereits remittirt ist.' Welches war das Verhältniß dieser von einem Municipalmagistrat ertheilten Remission gegenüber dem vom Prätor selbst ausgegangenen Remissionsdecret? Wenn der Nunciant das interd. demol. anstellte und der Beklagte sich in jure auf die vom Prätor selbst ertheilte Remission berief, so wußte der Prätor gewiß meist selbst, ob die Behauptung des Beklagten, es sei bereits remittirt worden, der Wahrheit entsprach oder nicht, und konnte daher im erstern Fall entweder gleich

32) Vgl. unten Ziff. 57. 58.

das Interdict denegiren oder er ertheilte es, wenn Kläger eine Contravention vor dem Remissionsdecret behauptete, mit der gewöhnlichen Fassung ‚quod factum est ante quam nunciatio missa fieret', die dann eben den Sinn hatte, daß das nach der o. n. n. bis zur Remission Gemachte restituirt werden solle. Wenn aber der Beklagte eine vom Municipalmagistrat ertheilte Remission vorschützte, so hatte der Prätor über die Wahrheit dieser Behauptung nie eine eigene Kenntniß, es bedurfte daher stets einer Untersuchung durch den judex und der Prätor hatte nach Bestimmung der lex Rubria den judex in der Formel darauf hinzuweisen, daß er die nach Angabe des Beklagten vom Municipalmagistrat ausgesprochene Remission berücksichtigen solle. An sich würde es nun dazu allerdings keiner besondern exceptio bedurft haben, sondern der judex hätte die Berechtigung zu dieser Berücksichtigung auch aus den gewöhnlichen Formelworten antequam nunciatio missa fieret entnehmen können; da aber diese Worte vor der lex Rubria immer nur von der durch den Prätor ertheilten Remission verstanden werden konnten und als ständiges Glied der Formel immer nur diesen Sinn gehabt hatten, so war es offenbar geboten, diesen besonderen Fall durch eine specielle exceptio aufzunehmen und dem judex dadurch seine Berücksichtigung ausdrücklich anzubefehlen. Gegenüber dem gewöhnlichen Formular erschien die Behauptung der Remission durch einen Municipalmagistrat formell als eine Ausnahme und sie wurde auch insofern als exceptio behandelt, als der Beklagte in jure diese Behauptung vorbringen mußte, damit der Prätor sie in das Interdict aufnahm. Materiell aber hat die exc. legis Rubriae den gleichen Character wie das gewöhnliche Formelglied ‚antequam

nunciatio missa fieret.' Die Remission des Municipalmagistrats ist ebenso wie die des Prätors eine Umwandlung des bis dahin unbedingt wirkenden Privatverbots in ein bedingtes, von der Existenz eines **jus prohibendi** abhängig gemachtes, magistratisches Verbot: darin liegt aber, daß der bestehende Zustand **ipso jure** aufgehoben ist[33]).

43. 3) Die bisher betrachteten Einwendungen sind, wenn auch über ihren Character Streit ist, doch allgemein als solche anerkannt, die der Beklagte wirksam gegen das **interd. demol.** vorschützen kann. Von anderen an sich möglichen Einwendungen wird fast ebenso allgemein angenommen, daß durch sie der Beklagte von der Restitutionspflicht nicht befreit wird. Es sind dies die Einrede aus einer spätern Caution, aus einer spätern Remission und aus einem *jus aedificandi*[34]).

Was zunächst die Einrede der spätern d. h. der nach bereits erfolgter Contravention geleisteten Caution betrifft, so wird man unterscheiden müssen: der Nunciant braucht regelmäßig eine nach der Contravention ihm offerirte Caution nicht anzunehmen und ein solches Ausschlagen hat natürlich nun nicht die Wirkung der Nichtannahme einer vor der Contravention angebotenen Caution, daß nämlich der Nunciat formell zum Fortbauen berechtigt ist, denn hier kann man nicht

33) Vgl. oben bei Anm. 28. — Es ist hier ähnlich, wie bei der exceptio conventionis: obgleich der Vertrag, daß fortgebaut werden dürfe, aus formellen Gründen nur eine exceptio erzeugt, ist er doch eine materiell rechtvernichtende Thatsache.

34) Vgl. Rudorff S. 135. Hesse Einspruchsrecht S. 153.

sagen: per nunciatorem stetit, quominus satisdetur (l. 20. §. 5. 15. h. t.). Es ist gebaut worden vor der Aufhebung des Banns und quidquid ante remissionem fit vel illud quod loco remissionis habetur, pro eo habendum est atque si nullo jure factum esset (l. 20. §. 4. h. t.), das interd. demol. ist bereits begründet und die Contravention kann durch das nachträgliche Anbieten der Caution nicht ungeschehen gemacht werden. — Wenn hingegen der Nunciant die später offerirte Caution noch annimmt, während er es nicht brauchte, so wird man darin regelmäßig einen Verzicht auf das bereits begründete interd. demol. erblicken müssen, da durch die Caution Nunciant sich versprechen läßt, daß der Cavent nur für den Fall der Existenz eines jus prohibendi restituiren wolle. Jedoch läßt es sich allerdings auch denken, daß durch die Annahme der Caution nur das weitere Fortbauen nach Leistung derselben gestattet werden soll, ohne daß darum der Stipulant auf das bereits erworbene Interdict wegen des bis dahin Gemachten verzichtet, wie dies wenigstens dann möglich ist, wenn die Restitution des früher Gemachten stattfinden kann, ohne daß zugleich das nach der Caution Gemachte restituirt wird. In dieser Beziehung d. h. in der Richtung auf das später Gebaute würde dann natürlich auch die Nichtannahme der lediglich hierauf gestellten Caution — also unter Anerkennung der Zuständigkeit des Interdicts wegen des bis dahin Gebauten — die gleiche Wirkung wie die Annahme der Caution haben.

Hinsichtlich des Einwands der spätern Remission liegt die Sache so. Es kann natürlich auch nach bereits erfolgter Zuwiderhandlung gegen die o. n. n. zu einem Remissionsdecret kommen. Denn wenn auch

der Nunciant gegenüber dem Remissionsantrag des Nunciaten anführt, daß letzterer bereits dem Verbot zuwider gebaut habe, so verweigerte, mochte der Remissionssucher die Contravention leugnen oder zugestehen, der Prätor doch die Ertheilung des Remissionsdecrets nicht[35]). Es ergiebt sich dies aus den Worten des Interdictsformulars: quod factum est ante quam nunciatio missa fieret. Danach soll das vor der Remission Gebaute restituirt werden, also muß das Remissionsdecret auch nach der Contravention gegeben worden sein. Selbstverständlich bleibt aber, wie dies wiederum die betreffenden Formelworte zeigen, trotz der Remission das einmal begründete interd. demol. auf Restitution des vor der Remission Gebauten bestehen: die Remission löst den Bann nur für die Zukunft, das aus der Zeit des bestehenden Banns erwachsene Interdict läßt sie bestehen. Wenn Stölzel (S. 235.) dem gegenüber meint, die allgemein lautenden Worte des Edicts ‚quod ante quam

35) Allerdings werden nach l. 1. §. 7. h. t. dem vor der Remission fortbauenden Nunciaten die civilen Klagen wegen seines jus aedificandi denegirt. Beim Remissionsdecret liegt aber die Sache anders. Dort will er klagen jus sibi esse ita aedificatum habere, er will also darthun, daß er wirklich ein Recht zu dem gegen die o. n. n. verstoßenden Bau gehabt habe: das ist unzulässig, er muß restituiren, sive jure sive injuria opus fit. Hier hingegen will er nicht das bereits Geschehene durch Berufung auf ein jus aedificandi rechtfertigen, sondern er beantragt die Aufhebung des formellen Banns für die Zukunft, und wenn dies durch das Remissionsdecret ausgesprochen wird, so ist damit nicht Indemnität für die Vergangenheit ertheilt.

nunciatio missa fieret factum est restituas' schienen allerdings auch dann Restitution anzubefehlen, wenn nach der Fortsetzung des Werks Remission erwirkt sei, die **lex Rubria** ergebe indeß ein anderes Interdictsformular (**quem in locum nunciatum est, quod factum est, qua de re o. n. nunc.em duumvir non remeiserit, restituas**), nach welchem jede vor Auswirkung des Interdicts, also auch die nach der Fortsetzung des Werks geschehene Remission einen Schutz gegen das Interdict gebe, und es führe, wenn einmal das Princip der Straffälligkeit durchbrochen sei, die Consequenz dahin, gegen das Interdict auch die im Lauf des demolitorischen Processes entstandenen Einreden zuzulassen — so ist diese Ansicht, ganz abgesehen davon, daß hierbei der **lex Rubria** ein Sinn beigelegt wird, der sich aus ihren Worten durchaus nicht ergiebt, gegenüber den klaren und unzweideutigen Aeußerungen Ulpian's in l. 20. §. 1. und 4. kaum erklärlich[36]).

36) Vgl. gegen Stölzel auch Karlowa S. 71. A. 23. Auch die Behauptung von Baron (a. a. O. S. 525 ff.), der zwar gegen die Ansicht Stölzel's, daß auch die im Lauf des demolitorischen Processes vor Vollziehung des Judicats entstandenen Einreden der Remission und Caution zulässig seien, auftritt, aber doch wenigstens durch die vor dem Urtheil im demolitorischen Proceß entstandenen Einreden der Remission und Caution das Interdict beseitigt wissen will, ist unhaltbar aus denselben Gründen, die gegen die weiter gehende Ansicht Stölzel's sprechen. Wenn sich Baron dafür auf die l. 7. §. 2. quod vi aut cl. beruft, so dürfte er durch seine Erklärung dieser Stelle schwerlich Jemanden überzeugen. Ueber die wahre Bedeutung der l. 7.

Was endlich die Einrede aus einem etwaigen *jus aedificandi* oder *faciendi* des Beklagten anbelangt, so muß eine solche schon nach dem ganzen Character und Zweck der o. n. n. als unzulässig erscheinen. Hätte sich der Beklagte gegenüber dem demolitorischen Interdict wie gegenüber einer petitorischen Klage auf ein materielles Baurecht berufen dürfen, so würde die Nunciation ihren Zweck, einem Werke sofort Einhalt zu thun, gänzlich verfehlt haben, da dann der Nunciat ohne Furcht vor einem andern Nachtheil als dem, welcher ihn auch beim Unterliegen im petitorischen Proceß traf, mit seinem Unternehmen fortfahren konnte. Und so ist denn auch in den Quellen der Grundsatz ausdrücklich anerkannt, daß es im demolitorischen Proceß auf die Frage nach dem materiellen Recht oder Unrecht gar nicht ankommt[37]).

Unter Anerkennung dieser Sätze stellt neuerdings Stölzel (S. 233.) die Behauptung auf, daß, wenn vor oder nach der o. n. n. im petitorischen Proceß auf Veranlassung des Nuncianten oder Nunciaten das jus aedificandi des letztern definitiv festgestellt sei, damit die o. n. n. in Gemäßheit ihrer Natur als eines Vorläufers des Petitoriums sich erledige und dem Nunciaten aus dem Judicat eine Einrede gegen das interd. demol. erwachse. So ganz selbstverständlich, daß es keiner besondern Erwähnung in den Quellen bedurft hätte, wie Stölzel meint, ist das nun freilich nicht. Jedenfalls wird der Fall, daß der Nunciat sich auf ein nach

§. 2. cit. vgl. oben Ziff. 33. bei Anm. 37. und unten Ziff. 53. bei Anm. 99.

37) Vgl. die oben Ziff. 31. citirten Stellen.

der Contravention gegen die o. n. n. siegreich durchgeführtes jus aedificandi gegenüber dem interd. demol. berufen kann, ein höchst seltener sein. Es wird factisch kaum zu einem solchen siegreichen Urtheil im petitorischen Proceß vor Anstellung des interd. demol. kommen: auf Veranlassung des Nuncianten nicht, weil diesem der viel leichtere Weg des interd. demol. offensteht und er nicht so thöricht sein wird, neben oder vor dem demolitorischen Proceß mit der petitorischen Klage aufzutreten, auf Veranlassung des Nunciaten nicht, weil der demolitorische Proceß stets eher erledigt sein wird als der petitorische, in dem Nunciat sein jus aedificandi beweisen muß. Sollte aber der seltenere Fall einmal vorliegen, daß es zu einer das jus aedificandi des Nunciaten anerkennenden res judicata im petitorischen Proceß gekommen wäre, ohne daß der Nunciant sein interd. demol. bis dahin geltend gemacht hätte, so wird man das Interdict allerdings versagen müssen, da nach unserer früheren Ausführung der Nunciant sich in jure auf den Grund seines Einspruchs berufen muß, und wenn hier sofort die Nichtexistenz des betreffenden Rechts feststeht, das Interdict denegirt wird[38]). Was den zweiten von Stölzel angeführten Fall anbelangt, daß gegen das Interdict eine exceptio dann zustehe, wenn vor der o. n. n. das jus aedificandi festgestellt sei, so wird man dem aus demselben Grund zustimmen müssen. Man kann hier nicht annehmen, daß durch die Nunciation ein formeller Bann bewirkt werde. Der Nunciat würde sich von demselben nur durch Remission bezüglich durch deren Surrogat, durch Cautionsleistung,

38) Vgl. oben S. 244 ff.

befreien können: für das bedingte Remissionsdecret war aber ein Platz ebensowenig wie für das bedingte Cautionsversprechen, da die Nichtexistenz der Bedingung, des jus prohibendi des Nuncianten, schon feststand; es hätte dann unbedingte Remission ertheilt werden müssen, wie dies geschah, wenn in einem Fall, wo nunciatio non tenet oder contemni potest, ein Remissionsantrag gestellt war: wie in einem solchen Fall der Remissionsantrag unnöthig war und der Nunciat, ohne das interd. demol. fürchten zu müssen, den Einspruch unberücksichtigt lassen konnte[39]), so auch hier bei feststehendem jus aedificandi bezüglich bei feststehender Nichtexistenz eines jus prohibendi. Auch hier denegirte der Prätor das Interdict. Jedoch ist dabei eins festzuhalten. Die Unzulässigkeit des interd. demol. bezieht sich nur auf den Fall, wenn der bei Impetrirung des Interdicts angegebene Grund der o. n. n. gerade ein jus prohibendi ist. Es ist aber sehr wohl möglich, daß der Nunciant sich nicht auf ein jus prohibendi stützt, sondern behauptet, er habe damni depellendi causa nunciirt[40]). Oder aber, es ist auch denkbar, daß der Nunciant sich auf ein anderes jus prohibendi als das im petitorischen Proceß aberkannte beruft. Da Nunciant nicht verpflichtet ist,

39) Vgl. unten Ziff. 52. bei Anm. 87.

40) Z. B.: es hat sich zwischen zwei Nachbarn Streit erhoben, der eine will bauen, der andere behauptet eine serv. ne luminibus officiatur, ersterer klagt mit actio negatoria und siegt, indem dem Beklagten diese Servitut aberkannt wird; während des Processes hatte vielleicht Kläger seinen Bau unterlassen, jetzt nach dem Sieg baut er weiter, aber so, daß der Gegner Einsturz befürchtet und deßhalb nunciirt.

beim Nunciationsact den Grund seines Einspruchs anzugeben, so ist es immer gefährlich für den Nunciaten, ohne Weiteres fortzubauen, denn die Einrede aus dem rechtskräftig festgestellten jus aedificandi kann er natürlich gegenüber einem interd. demol., bei dem sich der Nunciant auf sein Recht, cautio damni infecti zu verlangen, oder auf ein vom jus faciendi des Gegners unberührtes jus prohibendi stützt, nicht vorschützen [41]).

§. 1673.

IV. Aufhebung der o. n. n.

1. Remission.

a. Remission bei der o. n. n. juris nostri conservandi causa.

44. Von Aufhebung der o. n. n. bezüglich des durch dieselbe geschaffenen Banns kann nur da die Rede sein, wo die o. n. n. an sich zu Recht besteht und die mit ihr verbundenen Wirkungen im Gefolge gehabt hat, also nicht da, wo es an den formellen Voraussetzungen derselben fehlt, z. B. nicht in re praesenti nunciirt ist, und wo eine der speciell begründeten Ausnahmen vorliegt, z. B. die salus publica die Vornahme des Werks erheischt. Sowohl diese die rechtliche Wirksamkeit der o. n. n. von Anfang an hindernden Umstände sowie die eigentlichen die bisher bestehende Wirkung der o. n. n. wieder beseitigenden Aufhebungsgründe, wie Tod des Nuncianten vor der Contravention oder Veräußerung des Grundstücks des Nuncianten, Verzicht bezüglich Vertrag nach erhobenem Einspruch, im vorjustinianeischen Recht Ablauf eines Jahres u. a., ingleichen die Frage nach

41) Gegen etwaige Chicane sichert den Beklagten auch hier das juramentum calumniae.

dem Character dieser Thatsachen als ipso jure oder ope exceptionis wirkender Aufhebungsgründe sind bereits bei Besprechung der Vertheidigung des Beklagten gegen das interd. demol. (Ziff. 41—43.) erörtert worden. Es erübrigt nur noch, die beiden hauptsächlichen Aufhebungsgründe, die Remission und die außergerichtliche Caution, genauer zu betrachten. Von diesen nimmt wieder die Remission die erste Stelle ein, da sie als der principale Aufhebungsgrund erscheint, dem die außergerichtliche Cautionsleistung nur nachgebildet ist.

Daß in der Remission der Kern der Lehre von der o. n. n. liegt, ist schon von Anderen erkannt worden, es ist das aber in noch höherem Grade der Fall als gewöhnlich angenommen wird.

Damit der Zweck der o. n. n., dem Nuncianten eine schleunige Rechtshilfe zu gewähren, in wirksamer Weise erreicht werde, mußte das Weiterbauen gegen das Verbot als absolut unrechtmäßig erscheinen und daher wurde dem Nuncianten das interd. demol. ohne Rücksicht auf das materielle Recht gegeben. Bei dem so geschaffenen provisorischen Zustand, wo jede Contravention ohne Rücksicht auf das materielle Recht als widerrechtlich erscheint, und demnach auch der materiell berechtigte Unternehmer gebunden ist, kann es aber unmöglich bleiben. Selbst dann, wenn der Nunciat zunächst einen Widerspruch nicht erhebt, darf es nicht dazu kommen, daß dieser Zustand ein dauernder definitiv giltiger wird, so daß nach Jahren noch auch der Nachbesitzer durch Fortbauen sich einer Contravention schuldig machen würde: und deßhalb setzte das alte Recht ein Jahr als Grenze für die Wirksamkeit der o. n. n. Aber auch nur so lange bei dem Provisorium es belassen zu müssen, wäre

eine Härte gegen den zum Bau Berechtigten gewesen. Es wirft sich daher die Frage auf: wie kommt es, wenn der den Einspruch für unberechtigt haltende Unternehmer sich demselben nicht fügen will, zur definitiven Erledigung dieses Streits?

Die l. 1. §. 9. h. t. sagt: post o. n. n.^{em} committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni. Damit erfahren wir aber nur, daß nach dem Nunciationsact das außergerichtliche Verfahren zu Ende ist und nunmehr eine Entscheidung des Prätors eintritt, es wird uns jedoch nicht gesagt, welches der Inhalt des Verfahrens vor dem Prätor ist und wie es zu diesem Verfahren kommt. In Bezug hierauf besteht an sich zunächst eine doppelte Möglichkeit. Einmal konnte man es dem Unternehmer überlassen, mit der actio negatoria oder confessoria sein jus aedificandi geltend zu machen, und ihn verpflichten, während dieses Processes bis zur rechtskräftigen Anerkennung seines Rechts den Bau ruhen zu lassen, so daß bei einer Contravention auch nach der Klagerhebung Seitens des Unternehmers doch das interd. demol. begründet sein würde. Auf diese sein Interesse so wenig wahrende Rechtshilfe durfte der Nunciat jedoch unmöglich beschränkt sein[42]). — Die andere Möglichkeit, die unserer heutigen Anschauung am nächsten liegt, wäre die gewesen, daß man den Nuncianten angehalten hätte,

42) Er wäre dann nicht nur für die ganze Dauer des Processes im Fortbauen gehindert, sondern auch als Kläger beweispflichtig gewesen. Auch wußte er ja oft gar nicht, aus welchem Grund nunciirt war, ob im öffentlichen Interesse oder im privaten, und im letztern Fall, ob wegen eines jus prohib. oder behufs Erlangung einer cautio damni infecti.

nach der o. n. n. sofort oder binnen bestimmter Frist Klage wegen des seiner Nunciation zu Grund liegenden Rechts zu erheben. Einen solchen Zwang kennen jedoch die Römer nicht[43]). Auch wäre derselbe im Fall einer Nunciation keineswegs immer gerechtfertigt, da der Nunciat möglicherweise auf den Einspruch hin sein Unternehmen definitiv unterläßt.

Welcher Ausweg blieb da? Es mußte dem Unternehmer ein Mittel gegeben werden, die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Einspruchs, ohne daß er dadurch zur Uebernahme der Klägerrolle gezwungen war, zur richterlichen Entscheidung zu bringen, und in Bezug auf die Erörterung seiner materiellen Berechtigung zum Bau bezüglich des materiellen Verhinderungsrechts des Nuncianten diejenige Sachlage herbeizuführen, in der er sich befunden haben würde, wenn der Gegner ohne vorausgegangene o. n. n. sein Verhinderungsrecht sofort gerichtlich geltend gemacht hätte. Auf der anderen Seite durfte aber dieses Mittel nicht dahin führen, die formell giltige o. n. n. in ihren Wirkungen auch dann zu beseitigen, wenn dem Nuncianten wirklich die materielle Berechtigung zu diesem Einspruch zustand.

Dieses Problem ist von den Römern in meisterhafter Weise gelöst worden. Das Mittel, welches allen diesen Anforderungen gerecht wird, ist die Remission

43) Vgl. Francke civ. Arch. XXII. 376 ff. — Der in der Beschränkung der Wirksamkeit der o. n. n. auf ein Jahr liegende indirecte Zwang war durchaus ungenügend, zumal bei der Ansicht derjenigen Juristen, welche die Wiederholung der o. n. n. nach einem Jahr zuließen.

— eine Behauptung, die sich freilich bei der Auffassung Mancher, namentlich Aelterer, über die Bedeutung der Remission nicht rechtfertigen läßt.

Diese Remission ist ein so wesentlicher Bestandtheil des ganzen Instituts und ein so wesentliches Complement der zunächst nur einseitig das Interesse des Nuncianten wahrenden Nunciation, daß Ulpian in l. 1. pr. h. t., wo er in kurzen Worten das Wesen der o. n. n. characterisirt, die Remission als in nothwendiger Verbindung mit der Nunciation stehend bezeichnet:

Hoc edicto promittitur, ut, sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi jus is qui nunciasset non haberet.

Die auf die Remission bezüglichen Worte des Prätors selbst giebt Ulpian in l. un. pr. de remiss.:

Ait praetor, ‚quod jus sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nunciatio teneat: ceterum nunciationem missam facio‘.

45. I. Ueber keinen Punct in der Lehre der o. n. n. sind die Ansichten so getheilt, wie über die Bedeutung dieser prätorischen Remission. Eine Aufzählung aller der verschiedenartigen Meinungen ist hier nicht möglich, es muß genügen, die hauptsächlichsten derselben hervorzuheben[44]).

Bis zu Schmidt's Abhandlung (Zeitschr. f. Civilrecht und Proc.) ging die communis opinio dahin, daß infolge des Antrags des Nunciaten auf Remission eine Verhandlung über das jus prohibendi stattgefunden

44) Ueber die ältere Literatur vgl. Stölzel S. 271 ff.

habe und erst danach die Remission ertheilt bezüglich die o. n. n. bestätigt worden sei[45]). — Innerhalb dieser Ansicht aber bestand wieder eine Meinungsverschiedenheit hinsichtlich der Art des Verfahrens über das jus prohibendi.

Einige halten dafür, daß das Verfahren lediglich summarisch gewesen und der Streit durch die darauf gegründete richterliche Entscheidung nicht definitiv beigelegt, sondern der für jetzt unterliegenden Partei unbenommen geblieben sei, ihr vermeintliches Recht anderweit in einem besonderen Proceß auszuführen[46]).

Andere hingegen glauben, daß dieses Verfahren der gewöhnliche petitorische Proceß und daß die Entscheidung über das jus prohibendi eine definitive, die Sache vollständig erledigende und daß daher die Remisssion erst nach rechtskräftig aberkanntem jus prohibendi ertheilt worden sei. Als Hauptrepräsentant dieser Ansicht mag Hasse (a. a. O. III. S. 611 ff. IV. S. 12.) angeführt werden. Nach ihm soll der Nunciant nicht auf die Klage des Unternehmers warten, sondern seinen Einspruch durch Anstellung der petitorischen Klage rechtfertigen; vom Ausgang dieses von der o. n. n. ganz unabhängigen Processes hänge die Entscheidung des Prätors ab: könne Nunciant sein jus prohibendi und dessen

45) Göschen Vorles. §. 617. Unterholzner Schuldverh. II. S. 176. Heimbach a. a. O. S. 596. Wening-Ingenheim Civilrecht §. 316. (277.) Keller Pand. §. 187.

46) Göschen a. a. O. Mühlenbruch Pand. §. 461. Keller a. a. O. Wening-Ingenheim a. a. O. Wiederhold das interd. uti poss. S. 114. Polis a. a. O. S. 65 ff. — Vgl. hiergegen Stölzel S. 274. A. *

Verletzung durch das opus nicht beweisen, so werde die Nunciation aufgehoben, siege er aber, so bleibe die Nunciation in Kraft und wenn während des Processes der Nunciat das opus fortsetze, könne sofort das interd. demol. angestellt werden. Die hierbei sich aufwerfende Frage, wie es zu diesem Proceß komme — denn Nunciant erreicht ja seinen Zweck, Verhinderung des opus, vollständig auch ohne Anstellung der petitorischen Klage —, löst Hasse in höchst gezwungener Weise so: nach der Regel ‚o. n. n.: possessorem adversarium facimus' spreche die Präsumtion für die Unrechtmäßigkeit des Verbots, diese Präsumtion müsse Nunciant durch den Beweis seines Rechts zerstören, sonst werde die Nunciation aufgehoben, quia non jus est illi prohibendi; ob er aber mit seinem Beweis verunglücke oder ihn gar nicht versuche, gelte gleich, und der Prätor werde die beantragte Remission nicht verweigern, wenn der Nunciant mit seiner Klage zaudere; eine bestimmte Frist für die Klaganstellung habe nicht bestanden, vielmehr sei die Zeit in das Belieben des Prätors gestellt gewesen. — Verwandt ist die Ansicht von Francke (Arch. f. civ. Prax. XXII. S. 376 ff.). Nach ihm hat durch die o. n. n. der Nunciant selbst die Sache der gerichtlichen Cognition unterworfen. Die Inhibition sei nur eine provisorische, bis über das vom Nuncianten behauptete, aber noch nicht bewiesene Widerspruchsrecht entschieden sei; daher müsse das Recht selbst baldigst zur gerichtlichen Entscheidung gebracht werden und zwar, sei es Pflicht des Nuncianten, sein Widerspruchsrecht durch förmliche Klage zu begründen. Daß es an Zeugnissen über einen Zwang zur Erhebung der Klage und über eine darauf bezügliche Frist fehle, erkennt Francke

an, meint aber doch, aus l. un. C. h. t. ableiten zu dürfen, daß es Pflicht des Nuncianten gewesen sei, binnen Jahresfrist zu klagen und sein Recht zu beweisen.

Gegen beide Schriftsteller spricht, daß die Annahme eines Zwangs zur Klaganstellung Seitens des Nuncianten durch keinen Ausspruch der Quellen gerechtfertigt ist; gegen Francke speciell, daß die Frist von einem Jahr offenbar viel zu lang ist, um dem Unternehmer einen genügenden Schutz gegen eine unbegründete o. n. n. zu gewähren, gegen Hasse speciell, daß es für die Präsumtion der Unrechtmäßigkeit der Nunciation an jedem Anhalt fehlt[47]) und dieselbe offenbar nur herbeigezogen ist, um die Verpflichtung zum Beweis und aus dieser die Verpflichtung zur Klaganstellung für Nuncianten zu begründen. Vor Allem aber: wie wäre bei dieser Ansicht für die Interessen des Nunciaten gesorgt? Er soll, wenn der Nunciant seiner angeblichen Pflicht zur Klaganstellung, die ihm nach Hasse erst vom Prätor auf Antrag des Nunciaten aufgelegt wird, nachkommt, bis zur Entscheidung über die Existenz oder Nichtexistenz des jus prohibendi nicht die Befugniß haben fortbauen zu dürfen, ohne sich dem interd. demol. auszusetzen! Warum sollte er gerade nur bei der o. n. n. und bei einer nach derselben infolge der Auflage des Prätors angestellten Klage so gebunden sein, warum hätte ihm diese Verpflichtung zu sistiren nicht auch dann obliegen sollen, wenn der durch das opus Beeinträchtigte sofort,

47) Darüber, daß die Regel in o. n. n. possessorem advers. facimus mit einer Präsumtion für die Unrechtmäßigkeit der o. n. n. nichts zu thun, s. oben Ziff. 33.

ohne erst zu nunciiren, mit der Klage aus seinem jus prohibendi auftrat? Kann das eine remissio praetoris genannt werden, wenn nach definitiv aberkanntem jus prohibendi und definitiv anerkanntem jus aedificandi der Unternehmer fortbauen darf? Ist da nicht mehr bewirkt, als die blose Aufhebung des durch die o. n. n. bewirkten formellen Banns? Und wie paßt zu dieser Auffassung der Ausspruch Ulpian's in l. 1. pr. h. t., daß durch die o. n. n. zunächst, ohne Rücksicht darauf, ob materiell mit Recht oder Unrecht gebaut wird, der Bau inhibirt und dann diese Inhibition wieder aufgehoben wird, soweit der Nunciant kein jus prohibendi hat, d. h. daß eben nur die formelle Wirkung der o. n. n. wieder beseitigt wird[48])?

46. Es ist das Verdienst von Schmidt, den Fehler, auf welchem diese Ansicht beruht, nachgewiesen zu haben. Der Fehler liegt darin, daß man die Edictsstelle über die Remission (l. un. pr. de rem.) wie ein generelles Edict auffaßte und sie demgemäß dahin verstand, als werde darin wie in einem generellen Edict die Remission vom Prätor für den Fall versprochen, daß der Nunciant sein jus prohibendi nicht beweisen werde. Danach war es allerdings natürlich, daß man in der im concreten Fall ertheilten Remission eine schlechthinige Wiederaufhebung der o. n. n. wegen Nichtexistenz des jus prohibendi und in dem Remissionsproceß eine Verhandlung über das jus prohib. wie in einem petitorischen Proceß erblickte, welche mit der dieses Recht anerkennenden oder aberkennenden Definitivsen-

48) Vgl. gegen Hasse auch Stölzel S. 278 ff.

tenz endete. Schmidt hat aber den unwiderleglichen Nachweis geliefert, daß jene Edictsstelle nichts anderes ist als das allgemeine Formular für den mündlichen Ausspruch, durch welchen der Prätor im concreten Fall die Remission ertheilt, also das Schema für das Decret selbst, welches der Prätor auf Antrag des Nunciaten erläßt und durch welches eben der bis dahin bestehende Bann beseitigt wird[49]).

Dieses concrete Remissionsdecret wird aber natürlich vom Prätor im einzelnen Fall ertheilt, bevor er

49) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 43 ff. Die von Schmidt angeführten Beweise für diese Ansicht sind folgende. Zunächst die Fassung der prätorischen Worte in l. un. pr. cit. Ueberall da, wo der Prätor in einem generellen Edict eine zukünftige Handlung verspricht, drückt er sich im Futurum aus, wo er hingegen im einzelnen Fall einen Specialbefehl erläßt, bedient er sich stets des Präsens, und so sagt er hier: ceterum nunc. missam facio, nicht faciam. Ferner: während in allen den Edicten, die generelle Rechtsvorschriften enthalten, die Person des Betroffenen immer nur generell bezeichnet werden kann und bezeichnet wird, bezeichnen die Formulare für die im einzelnen Fall zu erlassenden Specialbefehle die Personen concret, gewöhnlich durch tu und ille, und dem entsprechend findet sich hier die Person des Nuncianten in dem Schema mit ille bezeichnet. Endlich spricht für diese Ansicht der Umstand, daß die Edictsstelle und der Titel de remiss. im 43. Buch der Digesten, also in der Umgebung von lauter Specialbefehlen, den Interdictsformularen, steht und zwar nicht infolge einer Willkür der Compilatoren, sondern Ulpian's Commentar zum Edict, der sich an das Edict anschloß, bespricht im 71. Buch neben der Lehre von den aus der o. n. n. entspringenden Interdicten auch die Lehre von der Remission.

irgend eine Entscheidung über die Existenz des jus prohibendi getroffen hat. Das wird evident bewiesen durch die bedingte Fassung des Decrets. Denn wenn erst nach vorausgegangener Untersuchung über das Vorhandensein des jus prohib. die Remission verfügt worden wäre, so könnte der Ausspruch des Prätors nur unbedingt dahin lauten, daß die Nunciation aufgehoben sei oder daß sie zu Recht bestehe. Auch wäre es, wenn die Remission eine Entscheidung über das jus prohib. enthielte, nicht möglich, daß Paulus in l. 8. §. 4. h. t. sagt: facta o. n. n^e^. abstinere oportere, donec remissio nunc^is^. fiat, tunc enim, *si jus aedificandi habet*, recte aedificabit, und ebenso wäre es unerklärlich, wie Ulpian in l. un. §. 4. de remiss. zwischen einer remissio utilis und inutilis unterscheiden könnte. Denn wenn remittirt wird auf Grund der rechtskräftigen Aberkennung des jus prohib., wie kann dann das recte aedificare noch weiter abhängig gemacht werden von der Bedingung si jus aedificandi habet, und wie läßt sich dann ein Fall denken, daß eine solche Remission inutilis sei?

Indem man das Gewicht der gegen die alte Annahme sprechenden Gründe und die Richtigkeit der Schmidt'schen Ansicht, daß die Edictsstelle einen Specialbefehl des Prätors enthalte, in neuerer Zeit anerkennt, geht man im Allgemeinen davon aus, daß im Remissionsverfahren keine Verhandlung über das jus prohib. stattfinde; welches aber der Inhalt dieses Verfahrens und welches dann nach ertheiltem Remissionsdecret der weitere Gang der Sache sei, darüber herrscht wieder große Meinungsverschiedenheit.

Nach Vangerow (§. 676. Anm. III. 1.) wird über die Remission auf Antrag des Nunciaten extra ordinem verhandelt. und die Remission dann ertheilt, wenn sich bei dieser Untersuchung herausstellt, daß eine der Voraussetzungen der o. n. n. nicht begründet ist oder einer der Ausnahmsfälle vorliegt, sowie auch immer ohne Weiteres dann, wenn der Nunciant den ihm aufzulegenden Calumnieneid nicht schwört oder der procuratorio nomine Nunciirende die cautio de rato nicht leisten will; bei Ertheilung der Remission werde dem Nuncianten aber ausdrücklich sein jus prohib. reservirt.

Schmidt (VIII. S. 39. 40. IV. S. 221. 222.) und Rudorff (IV. S. 138 ff.) nehmen gleichfalls an, daß die Remission wegen formeller Mängel des Einspruchs sowie wegen späterer Entkräftung desselben ertheilt werde; nur unterscheidet letzterer zwischen bedingter und unbedingter Remission, während Schmidt, wenigstens in seiner ersten Abhandlung, nur eine bedingte Remission anerkennt.

Rudorff läßt eine unbedingte Remission eintreten, wenn der Nunciant das juramentum calumniae oder der procuratorio nomine Nunciirende die Leistung der cautio de rato verweigert, sowie dann, wenn schon vor dem Prätor erhellt, daß dem Nuncianten das Recht, auf welches er seinen Einspruch gründet, nicht zusteht oder doch daraus kein jus prohibendi folgt, wie z. B. wenn wegen einer servitus viae nunciirt wird. Eine bedingte Remission nimmt er nach Maßgabe des uns erhaltenen Formulars in dem Sinn an, daß sie vom Prätor unter der Suspensivbedingung „wenn der künftige judex im Petitorium kein jus prohib. befinden werde“ ertheilt werde. Die Wirkung dieser bedingten

(ebenso wie der unbedingten) Remission ist nach ihm die, daß der Unternehmer in derselben Weise wie durch satisdatio gegen das interd. demol. geschützt ist, nur daß ihm hier nicht wie dort das interd. ne vis fiat aedificanti zusteht. — Es wird also nach Rudorff durch die auf Verlangen des Nunciaten ohne Weiteres ertheilte bedingte Remission die eigentliche Wirkung der o. n. n. sofort wieder aufgehoben und der Nunciant würde, da der Unternehmer nunmehr wie vor der o. n. n. nur noch das Petitorium zu fürchten hätte, durch seine o. n. n. nichts weiter erreicht haben, als die kurze Pause, welche der Unternehmer bedarf, um zum Prätor zu gehen und die Remission zu erbitten[50]).

In dieser Beziehung führt die Ansicht Schmidt's zu besseren practischen Resultaten. Indem er in seiner ersten Abhandlung davon ausgeht, daß die o. n. n. ein Mittel sei, um die Ableistung der stipulatio ex o. n. n. auf indirectem Wege zu erzwingen, nimmt er an, daß die Remission erst nach Leistung dieser Caution habe erfolgen können, weil dann erst der Zweck der o. n. n. erreicht sei. Die Remission führe den ursprünglich unbeschränkten Wirkungskreis der o. n. n. auf das engere Maß der Berechtigung zurück. Der Prätor sage durch das Remissionsdecret: „das Bauverbot hebe ich auf, soweit es aus der besonderen Natur der o. n. n. (als Mittel zur Erzwingung der Caution) folgt, lasse es aber bestehen, sofern es aus einem Recht des Verbietenden folgt; ob ein solches Recht besteht oder nicht, lasse ich dahin gestellt.“ Daher bringe die Remission nur demjenigen wahren Nutzen, dem gegenüber der Nun-

50) Vgl. auch Karlowa S. 76.

ciant kein jus prohibendi hatte, habe er ein solches, so sei die Remission im Endresultat doch ohne Wirkung, da der Weiterbauende die Klage aus dem jus prohib. zu fürchten habe. — Nun hat zwar Schmidt später die Ansicht, daß der eigentliche Zweck der o. n. n. die Erzwingung der Cautionsleistung sei, zurückgenommen, nicht aber auch die, daß die Remission erst nach geleisteter Caution erfolge, und hierin ist ihm, wie sich später zeigen wird, entschieden beizustimmen.

47. Eine eigenthümliche Ansicht über die Bedeutung des Remissionsverfahrens hat in neuerer Zeit Stölzel (S. 166 ff.) aufgestellt. Der Zweck desselben soll die Feststellung des jus prohibendi des Nuncianten sein, während jede Verhandlung über ein etwaiges exceptivisches jus aedificandi des Nunciaten ausgeschlossen sei. Auch beim Bestehen des letzteren könne ein jus prohib. existiren, indem dem Eigenthum und der negativen Servitut (jus proh.) eine positive Servitut (jus aedific.) als besonderes exceptivisches Recht gegenüberstehe; da nun das jus prohib. für sich, abgesehen von einem obstirenden jus aedific., der Nunciationsgrund sei, so müsse in dem zur Feststellung der causa nunciandi dienenden Remissionsproceß das jus aedif. ganz außer Acht bleiben, der Remissionsproceß leite nicht den petitorischen Proceß über das Recht zur Vornahme des Neubaues, sondern den provisorischen oder quasipossessorischen Proceß über das Recht zur Vornahme der o. n. n. ein (S. 196 ff.). — Seine Auffassung des ganzen Remissionsverfahrens ist in den Grundzügen folgende. Die Remission diene zur Ausgleichung der Härte, daß der Unternehmer ohne Rücksicht auf das

Bestehen oder Nichtbestehen der causa nunciandi entweder caviren oder sistiren muß. Bei jeder vorläufig wirksamen d. h. das interd. demol. begründenden o. n. n. könne der Unternehmer vom Prätor verlangen, daß er den Nuncianten zum Beweis seines jus nunciandi anhalte, und der Prätor hebe das Verbot auf, wenn er nicht finde, daß es wegen vorhandenen Nunciationsrechts bindend sei. Die Form dieses Verfahrens sei die des Interdictenprocesses: der Nunciat erwirke ein decretum praetoris, welches die Nunciation aufhebe oder, falls das Nunciationsrecht bewiesen wird, dieselbe bestätige. Ob der Prätor die Entscheidung über die Existenz des Nunciationsgrundes sich selbst vorbehalten oder ob er ein judicium zu deren Entscheidung angeordnet habe, müsse nach allgemeinen Grundsätzen beantwortet werden und diese geböten beim Remissionsproceß wie beim gewöhnlichen Interdictenproceß eine judicis datio anzunehmen (S. 208. 209.). — Der Remission und Caution sei nun das gemeinsam, daß sie die Nunciation in ihrer bis dahin zu Gunsten des Nuncianten bestandenen Wirkung aufhöben und insofern die thatsächliche Möglichkeit zur Fortsetzung des Baues eröffneten, sie seien aber darin verschieden, daß die Remission nicht wie die satisdatio ein neues Schutzmittel der Baubefugniß schaffe und daß die letztere die Frage nach der Existenz des Nunciationsgrundes unberührt lasse, während in der Remission gerade die Entscheidung dieser Frage liege. (S. 194. 195.).

Bei dieser Ansicht Stölzel's müssen zwei Puncte unterschieden werden. Zunächst die Behauptung, daß in der angegebenen Weise eine Trennung des jus prohib. und aedific. stattfinde, eine Behauptung, in der ihm

Wiederhold (S. 113 ff.) vorangegangen und Baron (S. 524.) nachgefolgt ist. Wenn nun auch eine solche Trennung nach der Anschauung des römischen Rechts an sich nicht undenkbar ist[51]), so fehlt es doch an jedem Beleg dafür, daß das hier der Fall sei. Die Stellen, auf die man sich beruft (l. 1. pr. l. 8. §. 2. 4. h. t.), enthalten von einer solchen Scheidung nichts[52]). Entschieden widerlegt wird aber diese Ansicht durch den Wortlaut des Remissionsformulars, indem hier der Prätor als Bedingung seiner Bestätigung der Nunciation ein absolutes jus prohib. voraussetzt, denn er sagt: quod jus sit illi prohibere, ne *se invito* fiat, in eo nunciatio teneat[53]). Ein jus prohibendi ne se invito fiat ist unvereinbar mit einem entgegenstehenden jus aedific., das Vorhandensein des einen schließt die Möglichkeit des anderen aus. Wird einmal über das eine entschieden, so liegt darin zugleich die Entscheidung über das andere. Also entweder hat der Remissionsproceß die Entscheidung über das jus prohib. und aedific., über die Frage, ob Nunciant den Bau hindern oder Nunciat bauen darf, zum Gegenstand, oder aber keines von beiden[54]).

51) Vgl. Jhering Geist des röm. R. III. 1. S. 82.

52) Welches die Bedeutung dieser Stellen ist, wird später erörtert werden. Die erste derselben hält übrigens auch Baron nicht für beweisend.

53) Vgl. oben Ziff. 17. Anm. 52.

54) Gegen diese Trennung des jus prohib. und aedific. im Remissionsverfahren spricht auch die später noch näher zu beleuchtende Uebereinstimmung des Remissionsdecrets mit dem Cautionsversprechen. Die Bedingung des jus prohibendi, die dort der Prätor

Der zweite Punct betrifft den Gang des Verfahrens. Wie Stölzel dieses Verfahren sich denkt, ist nicht recht klar. Der Prätor hebt nach ihm das Verbot auf, wenn er nicht findet, daß dasselbe wegen vorhandenen Nnnciationsrechts zu Recht besteht. Danach scheint es, als untersuche der Prätor dieses Recht und als erfolge sein Ausspruch erst, nachdem er die Entscheidung über die Existenz oder Nichtexistenz des jus prohibendi getroffen hat. Aber doch soll nicht der Prätor extra ordinem sondern der judex datus das jus prohibendi untersuchen. Dann könnte aber der Prätor seinen Ausspruch überhaupt erst nach der Entscheidung im judicium erlassen und es müßte demgemäß der Bann bis zur Beendigung dieses Judiciums fortdauern, da der Prätor seinen Ausspruch, die Nunciation sei grundlos geschehen, erst nach Aberkennung des jus prohibendi durch den judex ertheilen könnte. Auf der anderen Seite sieht Stölzel in dem Remissionsdecret ein Interdict, dessen Voraussetzung die Anfangsworte der Edictsstelle angeben: der infolge der o. n. n. als Besitzer anerkannte Unternehmer solle als Besitzer berechtigt sein, einen Ausspruch zu erwirken, ob in der Nunciation eine Besitzstörung liege oder nicht, der Ausspruch ‚nunciatio teneat‘ enthalte eine Bestätigung der Prohibition,

setzt, setzt hier der Cavent, der Inhalt der Bedingung ist der gleiche: daß aber der cavirende Nunciat nicht für den Fall der Existenz eines jus prohib. des Gegners ohne Berücksichtigung seines eigenen jus aedificandi, sondern nur unter der Bedingung eines absoluten Verhinderungsrechts des Nuncianten sich verpflichtet, ist klar.

ein Prohibitorium, der Ausspruch ‚**nunciationem missam facio**' ein Restitutorium, das den vor der Nunciation bestehenden Zustand wieder in's Leben rufe, jenes Interdict provocire den Impetraten (den Nuncianten) zum Nachweis seines Rechts zur Besitzstörung. Danach nimmt also Stölzel wieder an, dieser Ausspruch erfolge sofort auf Antrag des Nunciaten! Es ist bei diesen sich offenbar widersprechenden Behauptungen in der That schwer zu sagen, wie Stölzel die Sache sich gedacht hat. Aus der folgenden Darstellung der Bedeutung des Remissionsdecrets und des Ganges des Remissionsverfahrens wird sich die Unrichtigkeit seiner Ansichten von selbst ergeben.

Nur ein Punct, der für die folgende Untersuchung wichtig wird, mag gleich hier angedeutet werden. Nach Stölzel selbst haben die Remission und die Caution das gemeinsam, daß die thatsächliche Sistirung aufgehoben wird und der Nunciat nun fortbauen darf. Das ist unzweifelhaft richtig. Wozu führt das aber? Im Moment der Cautionsleistung ist der Bann gehoben, ohne daß das Recht des Nunciaten zum Bauen irgendwie feststeht, es wird diese Frage vielmehr dem petitorischen Proceß überlassen: wenn in diesem Proceß ein **jus prohibendi** sich ergiebt, dann muß der Nunciat dem in der Stipulation geleisteten Versprechen gemäß restituiren. Sollte das nun bei der Remission anders sein als bei der Caution, die **loco remissionis** ist und bei der es einer besondern Remission nicht mehr bedarf? Der Nunciat muß offenbar durch die Remission dasselbe erreichen wie durch die außergerichtliche Cautionsleistung, er muß sofort durch den Ausspruch des Prätors die factische Befugniß zum Fortbauen erlangen und dieser Ausspruch mit dieser Wirkung muß eben so wie bei der Caution

ohne vorherige Untersuchung über die materielle Berechtigung eintreten: es muß wie dort dem weiteren Verfahren vorbehalten bleiben zu prüfen, ob diese factische Befugniß eine wirklich berechtigte war oder ob der Nunciat zur Restitution verpflichtet ist. Der Gegensatz, den Stölzel (S. 194.) in dieser Beziehung zwischen Caution und Remission statuiren will — daß dort der Nunciat erkläre, er wolle sich auf den angekündigten petitorischen Streit einlassen, einstweilen aber solle dahin gestellt bleiben, ob mit oder ohne Grund nunciirt sei, daß hingegen durch den Remissionsantrag der Nunciat erkläre, er bestreite die Existenz des Nunciationsgrundes und verlange dessen Beweis, also gerichtliche Entscheidung darüber —, ist durchaus unerfindlich. Denn in der Leistung der Caution liegt nicht weniger ein Bestreiten des Nunciationsgrundes, indem ja der Unternehmer damit erklärt, daß er sich dem Einspruch nicht fügen und die Sache von der richterlichen Entscheidung über das materielle Recht abhängig machen will, und in dem Antrag auf Remission liegt nicht weniger die Erklärung des Unternehmers, daß er zunächst factisch fortzubauen berechtigt sein will und daß einstweilen dahin gestellt bleiben soll, ob mit oder ohne Grund nunciirt ist. In beiden Fällen bestreitet er dem Nuncianten das Recht zur Verhinderung und in beiden will er die Lösung des formellen Banns, um fortbauen zu können und die Gewißheit zu haben, daß er nur für den Fall eines wirklich existenten materiellen Verhinderungsrechts des Nuncianten unterliegen werde.

48. Gegen diese den Remissionsproceß betreffende Ausführung Stölzels hat sich auch Baron (S. 519. ff.),

wenn auch aus anderen Gründen, erklärt. Er stellt gegenüber der Ansicht Stölzels, daß die Aufgabe des Remissionsprocesses Feststellung des jus prohibendi sei, die Behauptung auf, es gebe der Regel nach überhaupt keinen Remissionsproceß, vielmehr beschränke sich das ganze Remissionsverfahren auf den Antrag des Nunciaten und die Gewährung durch den Prätor. Dies ergebe sich aus l. 5. §. 17. h. t., wo der Nutzen der außergerichtlichen Cautionsleistung behufs Aufhebung des Banns durch die Worte motivirt werde: nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nunciatio, denn wenn ein Remissionsproceß stattgefunden habe, würde Ulpian darauf aufmerksam gemacht haben, daß es sich nicht blos um einen Gang, sondern um mehrfache Verhandlungen handle. In welcher Weise habe auch dieser sog. Remissionsproceß eingeleitet bezüglich erledigt werden sollen? Das vom Prätor gesprochene Interdict, welches bedingterweise die o. n. n. bestätigte, bedingterweise sie aufhob, sei ein ganz eigenthümliches Interdict gewesen: es habe weder exhibitorischen, noch restitutorischen, noch prohibitorischen Character gehabt, es sei überhaupt gar nicht an den Impetraten, den Nuncianten, gerichtet und diesem dadurch nichts befohlen gewesen, sondern vielmehr an den Impetranten, den Nunciaten, indem es diesem einerseits, wenn ein jus prohib. vorhanden, die Befolgung der o. n. n. aufgetragen, andererseits, wenn ein jus prohib. nicht vorhanden, die Vernachlässigung der o. n. n. gestattet habe. Folglich sei das gewöhnliche Interdictenverfahren cum periculo oder mit formula arbitraria auf das Remissionsinterdict unanwendbar gewesen, da der Impetrat, der Nunciant, sich keiner Uebertretung

eines prätorischen Befehls schuldig mache. Ein weiterer Gegengrund gegen die Annahme der Existenz eines Remissionsprocesses sei der, daß sich nur bei Verwerfung eines solchen erkläre, warum dem die Remission Erlangenden ein interd. ne vis fiat aedificanti nicht gewährt werde: denn wenn es einen Remissionsproceß gegeben hätte, so wäre durch das Urtheil die bedingte Remission zu einer unbedingten geworden und dann wäre es unerklärlich, warum hier dem Unternehmer nicht gleichfalls dieses Interdict gegeben sei. Jedoch wird die Behauptung, daß der ganze Remissionsproceß sich auf den Antrag des Nunciaten und die Gewährung durch den Prätor beschränkt habe, später von Baron selbst restringirt und insoweit liegt in seiner Ansicht ein richtiger Gedanke. Er wirft nämlich die Frage auf, wo in den Quellen von einem Remissionsproceß die Rede sei. Das sei höchstens in l. 5. §. 18. h. t. der Fall. Das Stückchen Proceß bestehe darin, daß der Prätor den Nuncianten frage, ob er im eigenen oder fremden Namen nunciirt habe und, da er letzteres angiebt, ob er satisdiren wolle oder nicht, worauf endlich bei Weigerung der Satisdation der Prätor die o. n. n. unbedingt aufhebe. Aehnliche Fälle ließen sich denken, wenn der Nunciant den Calumnieneid oder die Annahme der Caution verweigere oder wenn er sich schon vor dem Prätor auf einen unzulässigen Nunciationsgrund z. B. eine Wegeservitut berufe: denn wie der Prätor das Recht der actionis denegatio habe, so habe er auch die Befugniß der nunciationis remissio, wenn es sich lediglich um Anwendung reiner Rechtssätze und nicht um Prüfung von Thatsachen handle.

In Bezug auf die Frage, in welcher Weise nun das

jus prohib. festzustellen sei, meint Baron, daß, wenn auch die Anstellung der actio negatoria und confessoria möglich sei, doch der gewöhnliche Gang der sein werde, daß der durch die Remission sich sicher fühlende Nunciat weiter baue und darauf der Nunciant das interd. demolitorium anstelle: hier im Demolitorium sei es Aufgabe des Richters, das jus prohib. zu untersuchen. Daß der Richter dies dürfe, sei aus der Formel des interd. demol. zu ersehen, indem daselbst der Mangel der Remission[55]) zur Voraussetzung der Condemnation gemacht sei. — Dieses Argument aus der Formel des gewöhnlichen interd. demol. für die Befugniß des Nuncianten, nach erfolgter Remission mit dem interd. demol. zu klagen, und für die Befugniß des Richters, darauf hin die Existenz des jus prohib. zu untersuchen, ist jedoch offenbar verfehlt. Nach dieser Formel (quod ante quam nunc. missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas) soll der Nunciat das restituiren, was gegen das Verbot vor der Remission oder was ihr gleich steht bezüglich sie bewirkt haben würde gemacht ist. Demnach geht das Interdict nur auf Restitution des vor der Remission Gebauten: wenn wegen des nach der Remission Gebauten das Interdict angestellt wird, fehlt die Voraussetzung des Restitutionsbefehls. Wie soll also aus den Worten ‚ante quam nunc. missa fieret‘ die Befugniß des Richters folgen, über das jus prohib. zu erkennen? Andererseits, wenn Baron meint, daß wenigstens wegen des vor der Remission Gebauten das Interdict angestellt werden könne und nun in Bezug auf die Frage, ob dem Nun-

55) So offenbar statt „Nunciation“.

cianten wirklich ein jus prohib. zustand, der Richter das Prüfungsrecht gehabt habe, so ist dem entgegenzuhalten, daß es bei einer Contravention vor ertheilter Remission auf das jus prohib. gar nicht ankommt, sondern restituirt werden muß, sive jure sive injuria opus fieret.

Diesen Fehler vermeidet Karlowa (S. 69.), der gleichfalls die Feststellung des jus prohib. nach ertheilter Remission im demolitorischen Proceß erfolgen läßt, es aber doch klar findet, daß das in l. 20. pr. h. t. mitgetheilte Formular sich nur auf das Zuwiderhandeln vor Auswirkung des bedingten Remissionsdecrets bezieht. Seiner Ansicht nach hat es jedoch daneben noch ein anderes interd. demol. gegeben, welches wegen der nach ertheiltem Remissionsdecret vorgenommenen Bauten habe ausgewirkt werden können. Aber auch diese Behauptung ist nicht haltbar[56]). Da jedoch wie in der Darstellung von Baron so auch in der von Karlowa ein richtiger

56) Sein Beweisgrund ist die exc. legis Rubriae. Diese werde überhaupt nur demjenigen Interdict einverleibt, welches wegen der nach ertheiltem Remissionsdecret vorgenommenen Bauten ausgewirkt werden könne. Wenn nur die opera vor dem Remissionsdecret edictswidrig gewesen wären, so würde das Interdict mit dem Zusatz ante quam n. m. f. genügt haben; die exc. der lex Rubria sei aber ein Beweis, daß auch die späteren opera unter Umständen edictswidrig sein könnten. — Daß die Bedeutung der exc. legis Rubriae eine andere ist und mit dem materiellen Recht zum Hindern oder Bauen nichts zu thun hat, haben wir früher gesehen. Vgl. oben Ziff. 42. — Gegen Baron wie Karlowa vgl. unten Ziff. 57. bei Anm. 36.

Kern enthalten ist, so müssen wir auf seine Auffassung der Remission etwas näher eingehen.

Zunächst unterscheidet Karlowa, ob die o. n. n. einfach nicht zu Recht besteht oder ob sie erst durch Remission gelöst werden muß. Im ersten Fall bedarf es natürlich gar keiner Remission [57]). Nur dann, wenn alle formellen und materiellen Requisite der o. n. n. vorhanden sind, muß Remission nachgesucht oder Caution geleistet werden. — In Bezug darauf, daß die Remission keine Entscheidung über das jus prohib. enthalte, schließt Karlowa sich Schmidt an, verwirft aber dessen Auffassung der Bedeutung des Bedingten des Remissionsdecrets. Hinter dieser bedingten Fassung müsse mehr gesucht werden. Gleich den Interdicten sei das Remissionsdecret ein an die Parteien gerichteter bedingter Ausspruch des Prätors, und wie bei jenen das obrigkeitliche Gebot oder Verbot die Partei nur für den Fall verpflichte, daß die demselben ausdrücklich beigefügten, aber noch unermittelten Voraussetzungen in concreto wirklich vorhanden seien, so trete auch der Inhalt des Remissionsdecrets nur dann ein, falls die demselben beigefügte Bedingung, deren Wahrheit der Prätor dahin gestellt sein lasse, im vorliegenden Fall vorhanden sei. Sei die Bedingung der Remission nicht vorhanden, so bleibe es bei dem bisherigen Zustand: soweit der Nunciant wirklich ein jus prohib. habe, bestehe die Nunciation, natürlich mit den ihr eigenthümlichen Wirkungen, fort. Vor

57) Bezüglich mancher Fälle kann man zweifeln, ob sie der einen oder der anderen Klasse angehören, und es sind auch die Ansichten der Schriftsteller darüber getheilt. Vgl. Karlowa S. 62—64.

Erlassung des Remissionsdecrets träten diese Wirkungen unbedingt ein, möge der Nunciant ein jus prohib. haben oder nicht, die Remission führe aber den ursprünglich unbeschränkten Wirkungskreis der Nunciation auf das engere Maß der Berechtigung zurück: stehe dem Nuncianten kein jus prohib. zu, so könne nun Nunciat ruhig fortbauen; baue derselbe hingegen fort, ohne ein Recht dazu zu haben, so verletze er nicht nur das jus prohib. seines Gegners, sondern mache sich außerdem immer noch eines facere contra edictum schuldig, und darum stehe in diesem letztern Fall ein interd. demol. zu.

Wenn nun auch, wie schon gesagt, in der Darstellung von Baron und Karlowa ein richtiger Kern enthalten ist, so läuft doch dabei auch viel Unrichtiges mit unter und ihre Auffassung ist nicht geeignet, das Wesen der Remission vollständig zu erklären.

49. II. Um die Bedeutung der Remission nach allen Richtungen hin klar zu legen, haben wir drei Fragen aufzuwerfen und zu beantworten:

1. Welches ist die Bedeutung und der Character des prätorischen Ausspruchs der l. un. pr. de rem.?
2. Wie kommt es zu diesem Ausspruch, welches ist der Inhalt des demselben vorausgehenden Verfahrens?
3. Welches ist das an diesen Ausspruch sich anschließende Verfahren?

A. Was die erste Frage anlangt, so ist das Remissionsdecret der l. un. cit. nichts anderes als ein

Interdict[58]). Ein äußerer Grund für diese Auffassung liegt schon in der Stellung des Titels de remiss. mitten unter anderen Interdicten, eine Stellung, welche diese Lehre, wie schon bemerkt (s. oben Ziff. 46. Anm. 49.), nicht blos nach Anordnung der Compilatoren, sondern auch bei den römischen Juristen selbst hat[59]). Man hat aus diesem Umstand schon geschlossen, daß es ein Ausspruch des Prätors ähnlich den Interdicten sei[60]), aber

58) Auch Cujaz (vgl. bei Stölzel S. 178. 179.) sieht im Remissionsdecret ein Interdict. Freilich ist sein interd. de remiss. von dem von uns angenommenen sehr verschieden. Er betrachtet dasselbe als ein dem interd. ne vis fiat aedificanti entsprechendes prohibitorisches Interdict zu Gunsten des Nunciaten: wie dieses nach geleisteter Caution, so finde das interd. de remiss. nach erfolgter Remission zum Schutz in der Ausübung der Baubefugniß statt. Vgl. dagegen Stölzel a. a. O.

59) Ueber andere zum Theil höchst verkehrte Erklärungen dieser Stellung vgl. Stölzel S. 175 ff.

60) Vgl. insb. Schmidt a. a. O. VIII. S. 45. Derselbe protestirt (krit. V.=Schr. VII. S. 299.) gegen die Unterstellung Stölzels, daß er das Remissionsformular für ein Interdict erklärt habe. Die Römer bezeichneten die remissio nirgends als Interdict. Es wäre das ein Interdict gewesen, worauf weder die Definition von Interdict passe noch das Interdictenverfahren und wodurch zu den tres species interd. — prohib., exhib., restit. — eine vierte hinzugefügt würde, die remissoria, obgleich Gajus IV. 140. ausdrücklich sage, daß jene drei eine erschöpfende Eintheilung bilden. — Diese Gegengründe, die der Stölzel'schen Auffassung gegenüber allerdings zum Theil gerechtfertigt sind, werden durch die folgende Darstellung

es ist nicht blos eine Aehnlichkeit, sondern volle Gleichheit, nur wegen der vorausgegangenen o. n. n. mit gewissen Modificationen, die wir gleich im Folgenden berühren werden.

Auf Antrag des Nunciaten erklärt der Prätor: „insoweit dem Nuncianten ein jus prohib. zusteht, insoweit soll die Nunciation bestehen bleiben, im Uebrigen hebe ich sie auf.“ Was ist hier das Bedingte? Offenbar das Fortbestehen der Nunciation. Nun sagt man: wenn das Fortbestehen der Nunciation von der Bedingung des jus prohib. abhängig gemacht wird, so ist die Aufhebung der Nunciation von der entgegengesetzten Bedingung, dem Nichtbestehen eines jus prohib., abhängig. Das wäre unzweifelhaft dann richtig, wenn das von der Existenz oder Nichtexistenz der Bedingung Abhängige, nämlich Fortdauer oder Aufhebung der Nunciation, den gleichen Character hätte, d. h. wenn es sich ebenso um die definitive materiell giltige Aufhebung der Nunciation wie um die definitive materiell giltige Aufrechterhaltung derselben handelte. Nun kommt das allerdings schließlich auch zur Sprache, indem die Aufhebung der Nunciation dem Unternehmer materiell nichts nützt, wenn der Nunciant das jus prohib. hat, aber darum handelt es sich nur hier bei der Remissionsertheilung nicht: die Aufhebung, die hier durch das Remissionsdecret ausgesprochen wird, ist eine rein formelle, die den Nunciaten nur gegen das vom jus prohib. unabhängige interd. demol. schützt, und diese Aufhebung ist eine unbedingte, von der Existenz eines materiellen jus aedificandi des Nunciaten bezüglich

widerlegt werden: das Verfahren ist das Interdictenverfahren, das Interdict gehört zu den prohibitorischen.

von der Nichtexistenz eines jus prohib. des Nuncianten ganz unabhängige. Hätte der Ausspruch des Prätors den Sinn: „die Fortdauer des Banns ist bedingt durch Existenz des jus prohib., die Aufhebung desselben ist bedingt durch Nichtexistenz des jus prohib.“, so ständen wir vor einem unlösbaren Widerspruch: sieht man auf die der Fortdauer der Nunciation gesetzte Bedingung, so würde der wegen Fortsetzung des opus nach der Remission klagende Nunciant nur infolge des Beweises seines jus prohibendi siegen; sieht man aber auf die der Aufhebung der Nunciation gesetzte Bedingung, wonach Nunciat nur bauen darf, wenn er ein jus aedificandi bezüglich Nunciant kein jus prohib. hat, so müßte Unternehmer ohne jeden Beweis von Seiten des Nuncianten unterliegen, weil er ja nur unter dieser Bedingung für zum Fortbauen berechtigt erklärt wäre und über die Existenz dieser Bedingung zur Zeit nichts feststeht, er wäre danach für die ganze Dauer des Processes über das jus prohib. gebunden und am Fortbauen gehindert und die Remission wäre keine.

Das Bedenken, welches gegen diese Auffassung — daß die Aufhebung eine bedingte, von Nichtexistenz des jus prohib. abhängige sei — eben geltend gemacht wurde, hat auch Karlowa gefühlt, wenn er (S. 77) sagt: „der Prätor mache die Remission von dem Mangel eines jus prohib., nicht etwa von einem späteren richterlichen Ausspruch über diesen Mangel abhängig; es liege hier keine Bedingung im juristischen Sinn des Worts vor, denn schon in dem Augenblick, in dem der Prätor sein Decret erlasse, sei es objectiv gewiß, ob ein solches jus prohibendi existire oder nicht; da aber eine objective Ungewißheit nicht vorhanden sei, könne die Wirk-

samkeit des Ausspruchs sofort eintreten: soweit ein jus prohib. vorhanden sei, bleibe der Bann aufrecht erhalten, soweit dagegen kein jus prohib. existire, sei die Nunciation schon in diesem Moment aufgehoben." Aber inwiefern ist das objectiv gewiß? Erst durch den späteren Beweis wird diese Gewißheit erbracht und dann ist es allerdings rückwärts gewiß geworden, ob der Nunciant ein jus prohib. hatte oder nicht, und dann kann man rückwärts beurtheilen, ob damals gleich der Bann aufgehoben war oder noch fortbestand: zur Zeit der Ertheilung des Remissionsdecrets aber fehlt es eben noch an dieser Gewißheit und doch wäre sie wesentlich für die Frage, ob der Nunciat fortbauen darf oder nicht. Und was soll objectiv gewiß sein: die Existenz oder die Nichtexistenz des jus prohibendi? Wenn Karlowa meint, es sei objectiv gewiß, ob ein jus prohib. vorliege oder nicht, so ist damit, da er ein doppeltes als gewiß setzt, nichts gesagt: man weiß eben nur, wenn die Existenz des jus prohib. gewiß ist, bleibt der Bann bestehen, wenn die Nichtexistenz gewiß ist, dann ist der Bann aufgehoben. Und wenn Karlowa fortfährt, es könne, weil keine objective Ungewißheit bestehe, die Wirkung des Ausspruchs sofort eintreten, so muß man, da der Ausspruch ein doppelter ist und sowohl eine Bestätigung als eine Aufhebung der Nunciation enthält, wieder fragen: welche Wirkung tritt sofort ein, die Bestätigung oder die Aufhebung?

Die prätorische Remissionsertheilung hat also die Wirkung, daß der bis dahin bestandene formelle Bann unbedingt aufgehoben und der Nunciat jetzt zum Fortbauen formell berechtigt ist: gegen das interd. demol. schützt ihn der Zusatz ‚ante quam nunc. missa fieret‘.

Die Frage nach der materiellen Berechtigung des Unternehmers ist damit noch gar nicht entschieden. Dies wird vollständig klar, wenn man das Remissionsdekret so auffaßt, wie es sich selbst giebt. In demselben erscheint als das Principale nicht, wie es gewöhnlich dargestellt wird, die Aufhebung der Nunciation, sondern die Bestätigung derselben unter einer Bedingung. Es heißt nicht ‚quod jus non sit illi prohibere, nunc. missam facio, ceterum o. n. n. teneat‘[61]), sondern umgekehrt. Die formelle Aufhebung der Nunciation ist lediglich eine logische Consequenz der bedingten Bestätigung. Durch das Remissionsdecret wird das bis dahin bedingungslos wirkende Privatverbot des Nuncianten in ein bedingtes Verbot des Prätors verwandelt. Infolge der o. n. n. mußte der Nunciat, wenn er sich nicht dem interd. demol. aussetzen wollte, ohne alle Rücksicht auf das materielle Recht sistiren. Auf den Remissionsantrag hin hätte nun der Prätor an sich untersuchen können, ob ein materielles Verbietungsrecht vorhanden sei[62]). Hätte der Prätor das gethan, so hätte er natürlich keinen bedingten Ausspruch erlassen, sondern er hätte gesagt ‚nunciatio tenet‘ oder ‚nunciatio non tenet‘, womit die Sache definitiv erledigt gewesen wäre. Nun sollte aber diese Untersuchung dem judex überlassen werden. Wie

61) Hasse freilich (a. a. O. IV. S. 12.) kehrt das Decret vollständig um, wenn er sagt: „der allgemeine Grund der Remission bei der Nunciatio war der ‚quia non jus est illi prohibere‘. So spricht ihn der Prätor im Edict selbst aus“!

62) Eine solche Untersuchung des Prätors kam bei der o. n. n. damni depell. c. wirklich vor. Vgl. unten Ziff. 59.

war das zu bewerkstelligen? Beim Antrag auf Remission wußte der Prätor noch nicht, wer von den streitenden Theilen Recht habe: durch unbedingte Aufhebung des Banns konnte er dem Nuncianten, durch unbedingtes Bestehenlassen dem Nunciaten Unrecht thun. Er holte daher gewissermaßen nach, was er gethan haben würde, wenn der durch den Bau Beeinträchtigte mit dem Antrag auf sofortige Inhibition des opus, also auf Erlassung eines prohibitorischen Interdicts, zu ihm gekommen wäre: er würde in diesem Fall einen bedingten Befehl zu sistiren gegeben haben ‚wenn der Impetrant ein Recht hat den Bau zu hindern, so baue nicht weiter'. Es wäre das ein gewöhnliches hypothetisch gefaßtes prohibitorisches Interdict gewesen, wobei es dem Unternehmer überlassen geblieben wäre, ob er sich fügen oder ob er in der Ueberzeugung, daß die Voraussetzung des Befehls nicht vorhanden sei, das Verbot als für ihn nicht bindend betrachten wollte. Ganz ähnlich diesem Fall verhält es sich nun bei dem Antrag auf Remission nach vorausgegangener o. n. n., nur mit gewissen durch das Vorausgehen der o. n. n. begründeten Modificationen. Da der Prätor die Interdicirungsbefugniß dem Nunciationsberechtigten delegirt hat, dieser aber natürlich sein Verbot nicht, wie das der Prätor gethan haben würde, bedingt („baue nicht weiter, wenn ich ein jus prohib. habe"), sondern nur unbedingt aussprechen konnte und es doch, wenn der Nunciat sich nicht fügen will, bei diesem Zustand des unbedingten Banns nicht bewenden darf, so ist dem Nunciaten im Antrag auf Remission die Möglichkeit gegeben, den Zustand herbeizuführen, der beim sofortigen Angehen des Prätors Seitens des Nuncianten bestanden haben würde, nämlich das Verbot nach-

träglich zu einem hypothetischen, von der Existenz des jus prohibendi abhängigen machen zu lassen[63]). Was ist aber davon die Folge? Keine andere als daß das Stadium, wo durch Weiterbauen nach der o. n. n. ein formelles Unrecht begangen wurde, jetzt zu Ende und somit der Nunciat zur Fortsetzung des opus formell berechtigt ist. Es ist das, wie gesagt, eine einfache logische Consequenz. Auch wenn der Prätor blos ausgesprochen hätte ‚quod jus sit illi prohibere in eo nunciatio teneat', so wäre damit von selbst eine formelle Remission verbunden; denn wenn der früher unbedingt wirkende Bann jetzt nur noch als ein bedingter besteht, so ist eben der frühere unbedingt wirkende Bann aufgehoben.

Es ist das offenbar der Weg, auf dem die Interessen beider Theile am besten gewahrt werden. Durch die Nunciation wird das Werk in Bann gelegt, der Nunciat soll das Verbot nicht ignoriren, sondern beim Prätor eine Erörterung über den Grund desselben veranlassen; dann wird das Remissionsinterdict ertheilt, durch welches der Prätor die Sache von dem materiellen Recht abhängig macht und damit zugleich den formellen Bann aufhebt. Hat der Nunciant wirklich ein Recht, dann zeigt sich seine Nunciation als eine begründete, die nun (s. im Folgenden) von Anfang an wirksam sein muß, so daß also in diesem Fall die durch das Remissionsdecret bewirkte Aufhebung des formellen Banns im Endresultat keinen Nutzen gewährt. Hat hingegen der Nunciant kein Recht, so ist eben der Unternehmer nicht nur formell infolge der Aufhebung des

63) Insoweit übereinstimmend Baron a. a. O. S. 524., auch Karlowa S. 67. 68.

bedingungslos wirkenden Privatverbots, sondern auch materiell infolge der Nichtexistenz der Voraussetzung, von welcher das prätorische Verbot abhängig war, zum Weiterbauen berechtigt gewesen.

50. Nach dem oben Bemerkten, wonach das Erlöschen der o. n. n. eine selbstverständliche Folge der bedingten Bestätigung derselben ist, erscheint das besondere Aussprechen der Aufhebung des bisherigen formellen Banns (ceterum nunciationem missam facio) eigentlich als etwas überflüssiges. Es rechtfertigt sich aber doch dadurch, daß der formelle Bann auch formell aufgehoben werden soll, sowie dadurch, daß es der Nunciat ist, der den Antrag auf Aufhebung stellt, und diesem Antrag gegenüber nicht wohl blos gesagt werden kann: du bleibst gebunden, wenn der Nunciant ein jus prohib. hat, sondern dem Antrag auch formell eine Erklärung des Prätors entsprechen muß.

Diese dem Hauptinhalt des prätorischen Decrets angehängte Erklärung (ceterum nunc. missam facio) ist die eine Modification, die dasselbe von anderen prätorischen Interdicten unterscheidet, eine Modification, die ihre Erklärung in dem vorausgegangenen wirksamen Privatverbot findet.

Die andere gleichfalls hierdurch begründete Modification, wegen deren man wohl hauptsächlich den Character des Remissionsdecrets als eines wirklichen Interdicts nicht anerkannt hat, besteht darin, daß der Prätor den Befehl zu sistiren bezüglich nicht zu bauen nicht direct ausspricht, sondern sich auf die vorausgegangene Nunciation bezieht. Er sagt nicht ‚quod jus sit illi prohibere, *opus novum fieri veto*‘ sondern ‚quod jus

sit illi prohibere, in eo *nunciatio teneat.* Der Sache nach ist aber beides — freilich mit einer bedeutenden Abweichung — offenbar identisch: denn wenn diese o. n. n. das Verbot enthält, weiter zu bauen, so ist mit der Erklärung, die o. n. n. solle bestehen bleiben, nichts anderes als das Verbot weiterzubauen ausgesprochen. Das Remissionsdecret ist demnach nichts als ein hypothetisch gefaßtes prohibitorisches Interdict, welches unter der Bedingung der Existenz eines jus prohib. dem Nunciaten das Fortbauen verbietet und damit zugleich das bisherige bedingungslose Verbot des Fortbauens aufhebt. — Die eben erwähnte Abweichung, die gerade durch die Fassung in eo nunc. teneat herbeigeführt wird, besteht darin: bei einem gewöhnlichen prohibitorischen Interdict mit der Fassung ‚opus novum fieri veto' würde das Verbot vom Augenblick der Erlassung gelten und nur das post interdictum redditum Gemachte als contra edictum factum gelten; durch die Fassung ‚in eo nunc. teneat' wird aber bei diesem prätorischen Verbot auf das frühere Privatverbot Bezug genommen und das Interdict damit auf den Zeitpunkt des eingelegten Privateinspruchs rückdatirt. Wenn dann die Bedingung des Interdicts, die Existenz des jus prohibendi, als vorhanden nachgewiesen wird, so ist nicht nur das post interdictum redditum, sondern auch das vom Augenblick der o. n. n. an Gemachte als contra edictum factum zu betrachten.

Endlich hat das Remissionsinterdict noch eine Eigenthümlichkeit, die seinen Character als Interdict zu verdecken geeignet ist: es ist nicht an den Impetraten gerichtet, indem diesem, dem Nuncianten, darin gar nichts befohlen wird, sondern der Befehl vielmehr

an den Impetranten ergeht und diesem einerseits die Befolgung der Nunciation aufträgt, andererseits die Vernachlässigung derselben gestattet[64]). Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich aber wieder aus dem Umstand, daß hier bereits ein wirksames den Unternehmer vorläufig bindendes Verbot vorausgegangen war. Man mußte es, wenn man einmal dem Privateinspruch zunächst bindende Kraft beilegte, dem Nunciaten überlassen, Schritte zu thun, um sich von diesem Bann zu befreien und darum erschien er bei dem dies bezweckenden Remissionsantrag formell als der Impetrant. Zugleich mit diesem Antrag auf Remission war aber doch die Erklärung des Nuncianten verbunden, daß er wegen eines ihm zustehenden jus prohib. auf seinem Verbot beharre: er impetrirte also die Aufrechterhaltung des Banns und erschien somit auch, und zwar vorwiegend und materiell, als Impetrant[65]). Den Anträgen Beider entsprach der Prätor dadurch, daß er an Stelle des unbedingt wirkenden Privatverbots das bedingte Interdict setzte: damit war der formelle Bann aufgehoben und der Unternehmer als Impetrant erhielt den Ausspruch ‚ceterum nunc. missam facio'; zugleich war dem Antrag des Nuncianten auf Aufrechterhaltung des Banns entsprochen, indem die Nunciation bedingt bestätigt und damit dem Unternehmer, der natürlich in dieser Beziehung als Impetrat erschien, das Weiterbauen für den Fall der Existenz eines jus prohib. auf Seiten des impetrirenden Nuncianten verboten wurde. Daraus erklärt sich, daß, obgleich der Unternehmer mit seinem Antrag auf Re-

64) Vgl. Baron a. a. O. S. 521.
65) S. unten Ziff. 52. bei Anm. 84.

mission zunächst als Impetrant erscheint, doch der Befehl des Prätors zu sistiren, falls Nunciant ein jus proh. habe, an ihn erlassen wird: nur durch dieses Verbot erreicht er seine Befreiung von dem formellen Bann und dieses Verbot ist wie das des Nuncianten an ihn gerichtet. — Der Beweis für diesen Satz, daß beim Remissionsinterdict der Unternehmer nur formell als Impetrant erscheint, während materiell er als Beklagter und der Nunciant als Kläger in Betracht kommt, wird geliefert einmal durch den Ausdruck illi im Remissionsformular, der gewöhnlichen Bezeichnung für den Kläger bei Interdicten[66]), und sodann durch das, was in Beziehung auf die Vertreter der Parteien gesagt wird. In l. 5. §. 19. h. t. heißt es:

Qui remissionem absentis nomine desiderat — satisdare cogitur: sustinet enim partes defensoris. Sed haec satisdatio non pertinet ad ratihabitionem, sed ad o. n. nunciationem.

Also obgleich der Vertreter des Unternehmers den Antrag auf Remission stellt und insofern als Impetrant auftritt, erscheint er doch als Vertreter des Beklagten und muß als solcher die diesem obliegende satisdatio leisten. Auf der anderen Seite muß der Vertreter des Nuncianten die dem Vertreter des Klägers obliegende cautio de rato leisten, obgleich er in Bezug auf den Remissionsantrag als Vertreter des Impetraten erscheint:

Qui procuratorio nomine nunciavit, si non satisdabit eam rem dominum ratam habiturum,

66) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 151. A. 1. S. 210. A. 3.

nunciatio omni modo remittitur — (l. 5. §. 18. h. t.) —[67]).

51. Diese Darstellung, die wir bis jetzt lediglich aus der Fassung des Remissionsformulars entnommen haben — insbesondere also der Hauptsatz, daß das Remissionsdecret sofort die formelle Befugniß zum Bau giebt, daß aber diese Befreiung von dem Bann der o. n. n. doch nur dann eine definitive materiell wirksame ist, wenn dem Nuncianten kein materielles Recht zur Seite steht — wird nun auch durch verschiedene andere Zeugnisse der Quellen bestätigt.

Zunächst ist hier die Interpretation des Remissionsformulars durch Ulpian wichtig. Er sagt in §. 2. der l. un. de rem. (Lesart der Florent.):

> Et verba praetoris ostendunt remissionem ibi demum factam [*valere* add. Vulg.], ubi nunciatio non tenet [Vulg.: nunc. tenet], et nunciationem ibi demum voluisse praetorem tenere, ubi jus est nuncianti prohibere ne se invito fiat. Ceterum sive satisdatio interveniat sive non remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio [Vulg.: in quo tenuit n.]. Plane si satisdatum est, exinde remissio facta est, non est necessaria remissio.

Bleiben wir zunächst bei der Lesart der Florentina stehen, so interpretirt Ulpian das Remissionsdecret in folgender Weise. „Die Remission ist nur ertheilt für den Fall[68]), daß die Nunciation nicht bindend ist,

67) Vgl. auch unten Ziff. 52. bei Anm. 92.

68) Das remissionem ibi demum factam ist dem Sinn nach dasselbe wie das remissionem ibi demum fa-

und bindend soll diese nach dem Willen des Prätors (quod jus sit illi prohibendi) nur dann sein, wenn der Nunciant ein jus prohib. hat." Die vom Prätor ausgesprochene Remission (ceterum nunc. missam facio) nützt also, obgleich sie formell sofort den bisher bestehenden Bann aufhebt, doch in der That dem Unternehmer materiell nur dann etwas, wenn dem Nuncianten kein jus prohib. zur Seite steht und folglich seine Nunciation nicht nachträglich sich als giltig erweist: denn für den Fall der Existenz eines jus prohib. hat ja der Prätor ausdrücklich die Fortdauer des Banns ausgesprochen. Denselben Gedanken, wie er in dem ersten Satz ausgesprochen ist, wiederholt Ulpian gleich darauf mit den Worten: remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio. Es soll damit nicht etwa gesagt sein, daß die Remission nicht die sofortige Aufhebung des formellen Banns bewirkt, sondern vielmehr, daß diese formelle Aufhebung dem Unternehmer dann nichts nützt, wenn der Nunciant ein jus prohib. hat. — Daß aber der Nunciat nach dem Remissionsdecret wirklich formell frei von dem Bann ist und daß Ulpian's Interpretation nicht etwa sagen will, die Aufhebung des formellen Banns erfolge unter der entgegengesetzten Bedingung wie die Bestätigung des

ctam valere der Vulgata. Es bedeutet nicht, wie Stölzel will: die Remission, das Aussprechen des prätorischen Decrets, erfolgt erst dann, wenn u. s. w. Es handelt sich hier gar nicht um die Voraussetzungen, unter welchen es zu diesem Ausspruch kommt, sondern um die Bedeutung des ertheilten Ausspruches, es heißt nicht: remissionem fieri oder faciendam esse, sondern factam esse. Vgl. unten bei Anm. 79.

Banns, falls nämlich der Nunciant kein jus prohibendi habe, folgt nicht blos aus unserer obigen Ausführung über die Bedeutung des bedingten Remissionsdecrets, sondern auch aus den Stellen, nach welchen die Zulässigkeit des interd. demol. auf das ante remissionem Gemachte beschränkt wird: die Anwendbarkeit desselben für die Zeit nach dem Remissionsdecret ist dadurch ausgeschlossen, ohne daß es dafür irgendwie auf die Nichtexistenz des jus prohib. ankommt. Außerdem ergiebt sich dies auch aus der Gleichstellung der außergerichtlichen cautio ex o. n. n. mit dem Remissionsdecret: wenn die erstere, welche ein Surrogat des letztern ist, bewirkt, daß der Nunciat formell berechtigt ist fortzubauen nec quicquam interest, jure quis aedificaverit an non jure aedificaverit (l. 20. §. 11. h. t.), so muß auch die Remission diese Wirkung im Gefolge haben; bei beiden bleibt dann immer noch dahin gestellt, ob der formellen Baubefugniß wirklich ein materielles Recht entspricht: nur dann, wenn das der Fall, ist wirklich mit Recht gebaut[69]). Dies wird denn auch für beide, für Caution wie für Remission, gleichmäßig ausgesprochen in l. 8. §. 4. h. t.:

> — facta o. n. n. nunciatione — abstinere oportere, donec caveat vel donec remissio nunciationis fiat; tunc enim, si jus aedificandi habet, recte aedificabit.

Dieses ‚recte aedificabit, si jus aedificandi habet‘ des Paulus drückt genau dasselbe aus, wie das

69) Vgl. auch unten bei Anm. 80.

Ulpian'sche ‚rem. ibi demum factam, ubi nunc. non tenet' [70]).

Den in l. un. §. 2. ausführlich erörterten Gedanken hat Ulpian in l. 1. pr. h. t. in den Worten ausgesprochen: sive jure sive injuria opus fieret, per nunciationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus quatenus prohibendi jus is, qui nunciasset, non haberet. Ohne Rücksicht auf das materielle Recht wird durch die Nunciation das opus inhibirt und dann die Inhibition wieder remittirt, zunächst formell gleichfalls ohne Rücksicht auf das materielle Recht, aber materiell im Endresultat doch nur soweit als der Nunciant kein jus prohib. hat. Es ist dieser auf die Remission bezügliche Passus offenbar nichts

70) Wie mit dieser Auffassung, daß durch die Remission der Nunciat die formelle Baubefugniß erlangt und nur beim Nachweis eines jus prohib. unterliegt, die l. 8. §. 2. h. t. (si, cum possem te jure prohibere, nunciavero tibi o. n., non alias aedificandi jus habebis, quam si satisdederis) in Einklang zu bringen ist, wird sich später zeigen (vgl. unten Ziff. 53. bei Anm. 96). Wenn Karlowa S. 75. aus dieser Stelle ableitet, daß die bedingte Remission gegen ein restitutorisches Interdict keine Sicherheit gewähre — indem hier besonders hervorgehoben werde, daß, falls der o. n. n. wirklich ein jus prohib. zu Grunde liege, nur die Satisdation die Möglichkeit verschaffe, vorläufig ungestört weiterzubauen — so ist das auch von seinem Standpunct aus jedenfalls deßhalb unrichtig, weil man ja im Augenblick der Remissionsertheilung gar nicht weiß, ob der Nunciation ein wirkliches jus prohib. zu Grunde liegt. — Ueber die l. 21. §. 1. h. t. vgl. Ziff. 53. bei Anm. 97.

anderes als eine kurze Zusammenfassung und Wiedergabe des Remissionsformulars und seiner Interpretation durch Ulpian.

Im §. 4. der l. un. erwähnt und billigt Ulpian die Ansicht Julian's, nach welcher der Usufructuar zwar dem vicinus, nicht aber dem dominus praedii nunciiren kann:

Item Juliano placet fructuario vindicandarum servitutum jus esse: secundum quod o. n. nunciare poterit vicino et *remissio utilis* erit. Ipsi autem domino praedii si nunciaverit, *remissio inutilis* erit: neque sicut adversus vicinum, ita adversus dominum agere potest jus ei non esse invito se altius aedificare —.

Diese Stelle hat von je den Auslegern und namentlich denen, welche die hier vertretene Auffassung der Ulpian'schen Interpretation theilen, viel Schwierigkeit gemacht. Da hier wie im bisherigen offenbar nur von der materiell wirksamen Remission die Rede ist, so kann Julian bezüglich Ulpian mit der remissio utilis nicht gemeint haben, daß der formelle Bann aufgehoben und insofern dem Unternehmer die Remission nützlich sei, auch würde das zu der remissio inutilis in Bezug auf den dominus praedii nicht passen. Daher sollte man auf den ersten Blick allerdings erwarten, es müsse statt remissio utilis stehen remissio inutilis: der Usufructuar hat dem vicinus gegenüber infolge der dem Grundstück zustehenden servitus altius non tollendi ein materielles jus prohibendi und es ist daher, wenn das den Bann für den Fall der Existenz eines jus prohib. aufrecht erhaltende Remissionsdecret ertheilt wird, diese remissio dem Unternehmer materiell inutilis, da sie eben hoc tantum remittit, in quo non

tenuit nunciatio. Und andererseits: dem Eigenthümer gegenüber hat der Usufructuar kein zur o. n. n. berechtigendes jus prohibendi, also ist dem Eigenthümer die remissio utilis, da es eben an der Voraussetzung des jus prohib. fehlt, unter welcher allein das Verbot aufrechterhalten wird. Aus diesem Grund haben schon die Glosse, dann Cujaz[71]) und nach ihm, aber selbständig, Schmidt (a. a. O. VIII. S. 46. A. 39.) die Nothwendigkeit einer Textesänderung, einer Transposition der Worte utilis und inutilis, behauptet[72]). Nun ist allerdings diese Textesänderung gegen sämmtliche bekannte Handschriften und deßhalb hat sich schon gegen Cujaz eine lebhafte Opposition erhoben und ist dieselbe neuerdings wieder von Stölzel (S. 284 ff.) entschieden bekämpft worden. Wenn es aber keine andere Aushilfe gäbe, würde man sich doch zu dieser Aenderung entschließen müssen. Denn was die für die Beibehaltung der handschriftlichen Lesart Kämpfenden als den Sinn dieser Stelle angeben, läßt sich in der That nicht halten. Der neueste Vertheidiger dieser Ansicht, Stölzel (S. 186.), erklärt die Stelle so: „der Usufructuar nunciirt nur dem Dritten mit Wirksamkeit (o. n. n. utilis), nicht aber dem Eigenthümer; ein Remissionsausspruch ist daher für den Nachbar von Nutzen (utilis), weil durch denselben entschieden wird, ob dem Usufructuar bezüglich dessen dominus dem Nachbar gegenüber ein jus prohib. zusteht; für den dominus aber

71) Vgl. Stölzel S. 285. 286.

72) Noch Andere haben in Anschluß an l. 2. h. t. statt ‚remissio‘ setzen wollen ‚nunciatio.‘ Vgl. Stölzel S. 286.

ist ein Remissionsausspruch unnütz (inutilis), weil ihm gegenüber schon vor erkannter Remission feststeht, daß der Nunciant kein jus prohib. hat d. h. weil für ihn eine contemnable o. n. n. vorliegt." — Diese Auffassung hängt theilweis mit der früher widerlegten Ansicht Stölzel's zusammen, daß im Remissionsproceß eine Entscheidung über das jus prohib. erfolge; abgesehen davon aber — und dieses Argument gilt auch gegen diejenigen, welche im Remissionsproceß eine Entscheidung über das jus prohib. nicht erfolgen lassen — begeht er den Fehler, den Gegensatz von ‚utilis und inutilis' als den Gegensatz von ‚nothwendig und überflüssig' aufzufassen. Daß Ulpian die Worte nicht in diesem Sinn versteht, geht daraus hervor, daß er unmittelbar vorher im §. 2. eine überflüssige, nicht nothwendige Remission als non necessaria bezeichnet: hätte er das, was Stölzel will, hier in §. 4. sagen wollen, so würde er denselben Ausdruck wie vorher gebraucht haben[73]). Der Gegensatz ist vielmehr der von ‚nützlich und nicht nützlich', von ‚wirksam und unwirksam', es soll gesagt werden: in dem einen Fall nützt die Remission, in dem anderen nützt

73) Auch ist davon, daß in dem Fall, wenn die o. n. n. aus formellen Gründen non tenet, so daß sie contemni potest, die Remission unnöthig sei, in dem ganzen Titel nicht die Rede. Wenn ein solcher Fall vorliegt, dann kommt es, wie wir sehen werden (Ziff. 52.), gar nicht zu dem bedingten Remissionsdecret. Da nun hier gerade das bedingte Remissionsdecret an die Spitze gestellt ist und in den folgenden §§. nur dieses erläutert wird, so ist durchaus nicht anzunehmen, daß nun plötzlich von der Frage nach dem formellen Bestand der o. n. n. gesprochen werde.

sie nichts d. h. sie bewirkt im letzteren Fall nicht das, was sie im ersten bewirkt.

Wir müßten uns daher, wie gesagt, doch zu einer Transposition entschließen, wenn es keine andere Aushilfe gäbe. Aber es giebt eine solche, eine Erklärung, welche die handschriftliche Lesart bestehen läßt und doch den Sinn der Stelle als von einer materiell wirksamen bzgl. unwirksamen Remission sprechend aufrecht erhält. Die Erklärung besteht darin, daß man remissio utilis und inutilis nicht von einer dem Unternehmer nützlichen oder nicht nützlichen Remission versteht, sondern diese Ausdrücke auf den Nuncianten bezieht. Remissio bezeichnet nämlich keineswegs blos die Aufhebung des formellen Banns — wobei eben dahin gestellt bleibt, ob diese Aufhebung auch eine materiell nützliche und definitiv giltige ist —, sondern oft auch das ganze Remissionsdecret (quod jus sit illi prohibere etc.), also auch den Hauptinhalt dieses Decrets, die von der Existenz eines jus prohib. abhängig gemachte Aufrechterhaltung der o. n. n. Dies zeigt, abgesehen von der Bemerkung Ulpian's in l. un. §. 1. de rem. (sub hoc titulo remissiones proponuntur), ganz evident die l. 13. pr. h. t. Wenn hier Julian sagt: 'cum procurator o. n. nunciat et satisdat rem ratam dominum habiturum et *remissio in domini personam confertur*, so kann natürlich remissio nicht die Aufhebung des formellen Banns bedeuten und sich nicht auf den Passus ‚ceterum nunc. missam facio' beziehen, sondern nur auf die Bestätigung der Nunciation und auf das ganze Remissionsdecret, durch welches diese Bestätigung ausgesprochen wird: an Stelle des schematischen illi (quod jus sit illi prohib. etc.) wird im concreten Fall der Name des Nuncianten gesetzt und wenn dieser durch

einen Procurator vertreten ist, so wird die remissio, d. h. eben das Decret quod jus sit — prohibere, nicht auf den Procurator, sondern auf den Principal gestellt. — Wenn wir nun diese Bedeutung von remissio hier in der l. un. §. 4. cit. annehmen, dann sagt die Stelle: der Usufructuar kann dem vicinus wirksam nunciiren und das vom Prätor ertheilte Remissionsdecret ist ihm nützlich, denn dasselbe spricht die Fortdauer des Banns aus unter der Voraussetzung der Existenz eines jus prohibendi und ein solches hat der Usufructuar gegenüber dem vicinus; wenn der Usufructuar hingegen dem dominus nunciirt, so hat er von dem Remissionsdecret, von der bedingten Aufrechterhaltung der o. n. n. keinen Nutzen, denn die Bedingung derselben, Existenz eines jus prohibendi, ist in seiner Person nicht vorhanden. Offenbar paßt auch zu der ganzen Satzconstruction die Beziehung der remissio auf die Person des Nuncianten viel besser als die Beziehung auf den Unternehmer, da jene nicht, wie diese, einen durch nichts angezeigten Wechsel der Personen bei den verschiedenen Satztheilen nothwendig macht[74]).

74) Nur ein Bedenken könnte gegen diese Erklärung geltend gemacht werden, das Bedenken, ob es, wenn der Usufructuar dem dominus nunciirt, überhaupt zu diesem bedingten Decret komme oder ob hier nicht vielmehr die o. n. n. gleich als non tenens erklärt werde. Hinsichtlich der Widerlegung dieses Bedenkens wird es vor Allem darauf ankommen, ob man glaubt, daß der Nunciant im Remissionsverfahren ein specielles jus prohib. angeben müsse oder daß es genüge, wenn er nur überhaupt allgemein ein Verhinderungsrecht behauptet, um seine Nunciation als eine jur. nostri conserv. c. geschehene zu characterisiren. Im letzteren

Demnach liefert wie die vorhergehenden Stellen auch der §. 4. der l. un. cit. den Beweis dafür, daß durch das Remissionsdecret der Bann zunächst formell und unbedingt aufgehoben, ein wahrer Nutzen aber für den Nunciaten doch nur dann herbeigeführt wird, wenn sein Gegner kein jus prohib. hat. Denn bei der Beziehung von remissio utilis und inutilis auf die Person des Nuncianten versteht es sich von selbst, daß für den Nunciaten das Umgekehrte gilt und daß wir damit zu dem gleichen Resultat kommen, welches man durch die Transposition von utilis und inutilis zu erreichen sucht: ist nämlich das Remissionsdecret d. h. die bedingte Aufrechterhaltung der o. n. n. dem Nuncianten utilis, eben weil er ein jus prohib. hat und somit die Bedingung der Aufrechterhaltung existirt, so ist selbstverständlich die Aufhebung des formellen Banns für den Nunciaten im Resultat inutilis; ist hingegen das Remissionsdecret für den Nuncianten inutilis, weil er kein jus prohib. hat, so ist die Aufhebung des formellen Banns dem Nunciaten auch materiell definitiv utilis

Fall erledigt sich das Bedenken ohne Weiteres. Es ist jedoch, wie später (Ziff. 52.) dargethan werden wird, wohl die erste Annahme die richtigere. Auch bei dieser Annahme aber läßt sich eine Erklärung dafür geben, daß es trotzdem zur bedingten Aufrechterhaltung der o. n. n. kommt. Der Remissionsimpetrat kann ja das Eigenthum des Gegners leugnen, und wenn dies nicht sofort in jure nachgewiesen wird, bleibt dem Prätor, der sich hier mit Erörterung der Beweisfrage nicht aufhält, nichts übrig, als das bedingte Remissionsdecret zu ertheilen.

und er baut wirklich recte im Sinn der l. 8. §. 2. h. t. —

Bei der bisherigen Erörterung der l. un. §. 2. de rem. sind wir von der Lesart der Florentina ausgegangen, welche an zwei Stellen das non hat, wo die Vulgata es wegläßt. Während von den Meisten der erstern der Vorzug gegeben wird[75]), vertheidigt neuerdings Stölzel (S. 181 ff.) die Lesart der Vulgata. Der Schlüssel für die Beurtheilung der Frage, ob tenet oder non tenet zu lesen sei, liegt nach ihm in der Doppelsinnigkeit des Begriffs einer wirksamen und unwirksamen o. n. n., indem eine den formellen Voraussetzungen entsprechende und daher das interd. demol. erzeugende Nunciation insofern wirksam, utilis, sei, während sie doch dem Remissionsantrag gegenüber sich als eine unwirksame herausstellen könne, da der Nunciat das Recht habe zu verlangen, daß der Gegner zum Beweis seines jus prohib. angehalten werde, widrigenfalls die Nunciation für definitiv unwirksam erklärt (remittirt) werde. Bei fehlendem non sei unter der o. n. n. quae tenet eine in Rücksicht auf das interd. demol. wirksame Nunciation zu verstehen und der §. 2. zu umschreiben: „von Remission ist überhaupt erst dann die Rede, wenn eine wirksame (das interd. demol. erzeugende) Nunciation vorliegt, und in diesem Fall wird nach dem Willen des Prätors eine Remission erst dann erkannt, wenn das durch die Nunciation beanspruchte jus prohib. in Wirklichkeit nicht besteht." Bei einge-

75) Nach Schmidt (VIII. S. 46.) macht die Vulg. durch Weglassen des non die Worte des Juristen geradezu sinnlos.

schaltetem non hingegen besage der §. 2.: „die Remission geschieht erst dann, wenn die Nunciation (dem Remissionsantrag gegenüber) nicht wirksam ist, und wirksam ist sie nach dem Willen des Prätors, wenn das beanspruchte jus prohib. in Wirklichkeit besteht." Der Zusatz ibi demum im ersten Theil des §. 2. nöthige nun zur ersten Auslegung, also zur Lesart der Vulgata. Dieser Zusatz weise auf einen Gegensatz hin: die Remission solle erst dann erfolgen, wenn eine an sich wirksame o. n. n. (quae tenet) vorliegt, nicht schon, wenn eine contemnable (quae non tenet, quae sperni potest). Einen vernünftigen Gegensatz zu construiren sei aber unmöglich, wenn man non tenet lese: „die Remission soll erst dann erfolgen, wenn die Nunciation unwirksam ist, nicht schon, wenn sie wirksam ist" würde widersinnig sein.

Gegen diese Argumentation Stölzel's spricht eine ganze Reihe von Gründen, sowohl hinsichtlich dessen, was er für das Weglassen des non, als was er gegen die Beibehaltung des non ausführt.

Was zunächst die Lesart mit fehlendem non anbetrifft, so ist es allerdings richtig, daß der Ausdruck nunciatio tenet in der Bedeutung einer formell giltigen das interd. demol. begründenden Nunciation in den Quellen vorkommt[76]). Wenn aber Stölzel diesen Ausdruck in unserer Stelle so verstehen will, so übersieht er, daß dann die Worte nunciatio tenet unmittelbar hinter einander in zwei verschiedenen Bedeutungen vorkommen würden: remissionem ibi demum factam, ubi

76) Z. B. l. 5 §. 3. h. t. im Gegensatz zu l. 5. §. 1. eod.

nunciatio tenet soll sagen, die Remission findet nur statt, wenn die Nunciation formell giltig ist, und in den gleich darauf folgenden Worten et nunciationem ibi demum voluisse praetorem tenere, ubi jus est nuncianti prohibere soll dasselbe nunciationem tenere die materielle vom jus prohib. abhängige Giltigkeit der Nunciation bedeuten! Ulpian will mit diesen folgenden Worten die vorausgegangenen erläutern. Die Remission ist in ihrer Wirkung abhängig von einer Bedingung, die eben in den zweifelhaften Worten enthalten ist, und diese Bedingung präcisirt Ulpian in den letzteren Worten, folglich können diese nicht etwas von den vorhergehenden ganz verschiedenes sagen, sondern das ubi nunciatio tenet und das nunciationem praetorem voluisse tenere muß nothwendig identisch sein: da nun letzteres die vom jus prohib. abhängige wirksame Nunciation bezeichnet, so muß das auch vom ersteren gelten. Da es aber entschieden unrichtig wäre zu sagen „die Remission (die Aufhebung des Banns) gilt nur da, wo der Nunciant ein jus prohib. hat,“ indem für diesen Fall vielmehr nach dem Ausspruch des Prätors die o. n. n. definitiv aufrecht erhalten bleibt, so kann es eben nicht heißen ubi nunciatio tenet, sondern nur ubi nunc. non tenet = ubi nuncianti jus non est prohibere. Stölzel's Umschreibung des §. 2. ist demnach nicht eine Umschreibung, sondern eine Aenderung. Ulpian sagt: et verba praetoris ostendunt etc., das aber, was Stölzel bei fehlendem non den Ulpian sagen läßt, wird durch die Worte des Prätors nicht gezeigt. — Der Grundfehler, der Stölzel zu dieser unhaltbaren Interpretation veranlaßt hat, liegt darin, daß er im Remissionsproceß eine Entscheidung über das jus prohib. treffen läßt. Daß

dies unrichtig ist und das Remissionsdecret vor Untersuchung des jus prohib. ertheilt wird, haben wir früher (Ziff. 47.) nachgewiesen. Wenn Stölzel (S. 184.) für seine Ansicht noch die Schlußworte des §. 2., in welchen sich dieselbe Variante in Bezug auf das non findet, anführt und den Sinn dieser Worte kurz dahin faßt „die satisdatio hebt den Nunciationsbann, unbekümmert um ein jus prohibendi, in allen Fällen auf, die Remission aber beschäftigt sich lediglich mit der Untersuchung über die Existenz resp. mit der Nichtexistenz eines jus prohibendi", so ist diese kurze Fassung wieder eine vollständige Aenderung. Es wird hier nicht, wie Stölzel es darstellt, ein Gegensatz zwischen satisdatio und remissio gemacht, sondern es werden vielmehr beide einander vollständig gleichgestellt: sive satisdatio interveniat sive non, remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio. Wenn nun aber von der satisdatio[77]) unzweifelhaft feststeht, daß sie die Aufhebung des formellen Banns zur unmittelbaren Folge hat, dabei aber die Restitution für den Fall der Existenz eines jus prohib. versprochen wird, so daß also die durch die satisdatio erlangte Befreiung dem Unternehmer materiell nur dann etwas nützt, falls der Nunciant kein jus prohib. hat, so muß dasselbe nothwendig auch von der Remission gelten, die das Vorbild der satisdatio ist und der die satisdatio in ihren Wirkungen gleichgestellt wird. Es muß danach auch hier das non stehen: remissio facta hoc tantum remittit, in quo

77) Daß satisdatio hier die außergerichtliche Cautionsleistung bedeutet, darüber siehe unten Ziff. 56. bei Anm. 23.

non tenuit nunc. = quatenus nuncianti jus non est prohibendi [78]).

Gegen die Lesart der Florentina (mit non) macht Stölzel geltend, daß sich wegen der Worte ibi demum ein vernünftiger Gegensatz nicht construiren lasse, wenn man non tenet lese. Der von ihm für diesen Fall construirte Gegensatz würde allerdings, wie er sagt, widersinnig sein. Aber es läßt sich doch auch ein vernünftiger Gegensatz denken, eben der, den wir als in unserer Stelle enthalten früher nachgewiesen haben, nämlich der Gegensatz zwischen formeller, den bis dahin bestehenden unbedingten Bann sofort aufhebender Remission und zwischen materiell wirksamer, dem Unternehmer im Endresultat wirklich nützlicher Remission. Die Richtigkeit dieses Gegensatzes wird auch nicht durch die Bemerkung Stölzel's berührt, daß dem anderen von ihm als möglich statuirten Gegensatz das demum entgegenstehe und daß, wer non tenet lese, gegen alle Handschriften demum ausfallen lassen müsse. Denn demum heißt bekanntlich nicht blos „erst", sondern auch „nur". Und remissio facta ist nicht identisch mit remissio facienda. Es sollen hier, wo Ulpian den bereits erfolgten Ausspruch des Prätors erläutert, nicht die Voraussetzungen angegeben werden, unter welchen es überhaupt zu diesem Ausspruch kommt, sondern es soll erörtert werden, welche

78) Das ist denn auch der Ausdruck, den Ulpian in l. 1. pr. h. t. braucht. Zwar meint Stölzel (S. 173.), daß auch hier das non in den Vulgathandschriften fehle und daß es durch Conjectur in die Florent. hineingekommen sei, diese Behauptung ist aber durchaus unbegründet, vgl. Schmidt krit. Vierteljahrsschr. VII. S. 300. A.*

Bedeutung und Wirkung dieser infolge des Vorhandenseins der erforderlichen Voraussetzungen ertheilte Ausspruch hat[79]). Die Erklärung Ulpians geht nun dahin: die Aufhebung des Banns ist als eine materiell wirksame nur unter der Voraussetzung erfolgt, daß kein jus prohib. existirt; mag Caution geleistet sein oder nicht, die Aufhebung wirkt immer nur soweit als die o. n. n. nicht etwa eine wirklich berechtigte war. Wenn auch der Nunciat dadurch das Recht zum Fortbauen insofern erhält, als er das interd. demol. nun nicht mehr zu fürchten hat, so zeigen doch die Worte des Prätors (quod jus sit illi prohibere in eo nunc. teneat), daß diese Aufhebung insofern eine materiell bedingte ist, als die Nunciation unter der Bedingung der Existenz eines jus prohib. aufrecht erhalten wird. Daher ist dem Nunciaten für den Fall der Existenz dieser Bedingung die remissio zwar formell utilis, materiell aber inutilis, wie umgekehrt dem Nuncianten das bedingte Aufrechthalten der Nunciation nur dann utilis ist, wenn ihm wirklich ein jus prohib. zusteht. — Gerade das Herbeiziehen der satisdatio beweist die Richtigkeit dieser Auffassung. In beiden Fällen liegt die Sache ganz gleich. Beim Remissionsdecret spricht der Prätor das aus, was bei der Cautionsleistung der Nunciat verspricht: während hier die Verpflichtung zur Restitution für den Fall eines jus prohib. durch das Versprechen des Nunciaten begründet wird, wird sie dort für den gleichen Fall durch das prätorische Interdict begründet, und wie bei der Caution die Folge des bedingten Restitutionsversprechens des Caventen, so ist hier die Folge der be-

79) Vgl. oben Anm. 68.

bingten Bestätigung der Nunciation durch den Prätor nothwendig die Aufhebung des bisher bestehenden formellen Banns [80]).

Damit ist unsere obige Ansicht über die Bedeutung des Remissionsdecrets, daß dasselbe nichts anderes ist als ein prohibitorisches Interdict, eigenthümlich modificirt nur deßhalb, weil schon ein wirksames Verbot vorausgegangen, nach allen Seiten hin bewiesen.

52. B. Der Ausspruch des Prätors in l. un. pr. cit., dessen Bedeutung wir bis jetzt erörtert haben, bildet den Schluß der durch den Remissionsantrag des Nunciaten veranlaßten und darauf vor dem Prätor gepflogenen Verhandlungen. Wir haben nunmehr die zweite der oben (Ziff. 49.) aufgeworfenen Fragen zu beantworten: was den Gegenstand dieser Verhandlungen bildet bezüglich ob es immer zu diesem bedingten Remissionsdecret und unter welchen nähern Voraussetzungen es dazu kommt.

1. Zwischen den beiden extremen Ansichten — der einen, daß diesem Ausspruch ein vollständiges Verfahren mit Untersuchung über die formellen Voraussetzungen der o. n. n. und über die Existenz des jus prohibendi vorausgehe und durch diesen Ausspruch eine definitive oder wenigstens eine provisorische Entscheidung über das materielle Recht gegeben werde, und der anderen, daß es überhaupt keinen Remissionsproceß gebe, sondern das ganze Verfahren sich auf den Antrag des Nunciaten und die Gewährung durch den Prätor beschränke — liegt die Wahrheit in der Mitte.

80) Vgl. oben bei Anm. 69.

Daß im Remissionsdecret keine Entscheidung über das jus prohib. getroffen wird, ist früher nachgewiesen worden: es wäre bei dieser Auffassung unerklärlich, wie das Remissionsdecret ein bedingtes sein könnte[81]). Daß aber das Decret nicht sofort auf Antrag des Nunciaten ohne Weiteres ertheilt wurde, wird zunächst bewiesen durch l. 13. §. 2. h. t.:

> Si in remissione a parte ejus, qui o. n. nunciaverat, procurator interveniat, id agere praetorem oportet, ne falsus procurator absenti noceat, cum sit indignum, quolibet interveniente beneficium praetoris amitti.

Würde auf einseitigen Antrag die Remission ausgesprochen, so wäre nicht einzusehen, weßhalb der Prätor die Legitimation des für den Nuncianten im Remissionsverfahren Auftretenden sorgfältig prüfen soll: denn was könnte dann ein falsus procurator dem Nuncianten schaden und inwiefern sollte der Nunciant durch einen solchen möglicherweise das beneficium praetoris verlieren können, da ja dann auch der in eigener Person auftretende Nunciant sich einfach passiv zu verhalten hätte und den Remissionsausspruch über sich ergehen lassen müßte? Vor Allem aber beweist für das Vorausgehen eines Verfahrens der Umstand, daß es gar nicht immer zu diesem bedingten Remissionsdecret kommt, sondern bisweilen eine unbedingte Remission ausgesprochen wird[82]). Es geht

81) Vgl. oben Ziff. 46.

82) Darauf, daß dies so sei, hat besonders Rudorff (a. a. O. S. 138.) gegenüber Schmidt hingewiesen, und dieser (IV. S. 221.) hat das als richtig anerkannt. Vgl. auch oben Ziff. 46. bei Anm. 50. und Ziff. 48. Anm. 57. Mit Recht behauptet aber Schmidt gegen-

dies klar hervor aus l. 5. §. 18. h. t., wonach, wenn der für den Nuncianten auftretende Procurator nicht cautio de rato leistet, nunciatio *omni modo* remittitur. Wenn das aber so ist, so muß nothwendig eine Erörterung vorausgehen, wodurch sich diese Verschiedenheit der prätorischen Entscheidung, ob unbedingt oder bedingt remittirt wird, motivirt. Auf Grund der l. 5. §. 18. cit. hat denn auch Baron, wie früher (Ziff. 48.) schon bemerkt worden, seine Behauptung, daß das ganze Remissionsverfahren nur in dem Antrag des Nunciaten und der Gewährung durch den Prätor bestehe, modificirt. Das, was er als „Stückchen Proceß" anführt (Frage des Prätors, ob der Nunciant im eigenen oder fremden Namen nunciirt habe u. s. w.), ist allerdings ein Theil des vor dem Prätor stattfindenden Verfahrens, aber das Verfahren ist damit nicht erschöpft, es können und müssen unter Umständen noch weitere Fragen vor dem Prätor zur Sprache kommen.

Wenn das Remissionsdecret ein bedingtes prohibitorisches Interdict ist, in welches das ursprüngliche bedingungslos wirkende Privatverbot umgewandelt wird, und der Prätor bei Ertheilung dieses Interdicts nunmehr das Gehör der Parteien nachholt, so ergiebt sich, daß dieses Verfahren im Wesentlichen das bei den gewöhnlichen Interdicten stattfindende ist, nur mit den Modificationen, die durch das vorausgegangene

über Rudorff, daß es deßwegen nicht ein besonderes Remissionsformular für die unbedingte Remission gegeben habe (s. Ziff. 59. Anm. 46.). — S. auch im Folgenden.

wirksame Privatverbot begründet werden[83]). Danach wird der Gang des Verfahrens folgender gewesen sein.

Nach erfolgter o. n. n. geht der Nunciat mit dem Nuncianten zum Prätor (post o. n. n. committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni l. 1. §. 9. h. t.) und beschwert sich über die ungerechtfertigte o. n. n., sei es, daß er blos das materielle Recht des Nuncianten dazu bestreitet, sei es, daß er zugleich die Nunciation als formell ungehörig geschehen behauptet; gegenüber diesem Antrag des Nunciaten auf Aufhebung des Banns stellt der Nunciant den Antrag auf Bestätigung desselben[84]).

Zunächst wird nun der Prätor den Nuncianten fragen, ob er suo oder alieno nomine nunciirt habe, und ihm im letztern Fall die cautio de rato auflegen, bei deren Verweigerung das Verfahren sofort ein Ende hat: der Prätor spricht dann ohne alle weitere Erörterung aus ‚nunciatio non tenet' oder ‚nunciationem missam facio'; ein danach impetrirtes interd. demol. würde natürlich denegirt werden[85]). Hat aber der procuratorio nomine Nunciirende cavirt oder hat der

83) Dieser Umstand erklärt zugleich, warum in den Quellen von diesem Verfahren nicht besonders die Rede ist.

84) S. oben Ziff. 50. bei Anm. 65.

85) Ist der in jure miterschienene Gegner des Nunciaten selbst derjenige, für den ein Anderer die o. n. n. vorgenommen hat, so bedarf es natürlich keiner cautio de rato mehr, da die Ratihabition des dominus sich aus seinem Festhalten an der Nunciation ergiebt. Hier kann nur die Frage aufgeworfen werden, ob der nunciirende Procurator eine Person war, die für einen Anderen giltig nunciiren konnte.

Gegner des Nunciaten suo nomine nunciirt, dann muß vor Allem durch die Erklärung des Nuncianten festgestellt werden, welche Art der o. n. n. vorliegt, ob es eine o. n. n. jur. nostri conserv. c. oder damni depell. c. oder jur. publ. tuendi c. ist: denn beim Nunciationsact braucht, wie wir früher (Ziff. 13.) gesehen haben, der Grund nicht angegeben zu werden und doch ist das Verfahren und die Entscheidung des Prätors in den verschiedenen Fällen ganz verschieden.

Das uns erhaltene Remissionsformular bezieht sich nun unzweifelhaft nur auf die o. n. n. jur. nostri conserv. c., von diesem Fall soll daher hier zunächst allein gesprochen werden. Erklärt also Nunciant, daß er jur. sui conserv. c. nunciirt habe, so muß er anführen, welches Recht er durch das opus novum für beeinträchtigt erachte, denn nach allgemeinen Grundsätzen muß der ein Interdict Impetrirende soweit specielle Behauptungen aufstellen, als der prätorische Befehl sie voraussetzt. Da nun die Voraussetzung des Remissionsinterdicts ein zur o. n. n. berechtigendes jus prohib. ist, so muß er sich auch auf ein solches berufen. Wenn er daher als Grund seiner Nunciation zur Begründung seines Antrags auf Bestätigung derselben ein Recht anführt, welches, selbst seine Wahrheit vorausgesetzt, doch die o. n. n. und ihre Fortdauer nicht rechtfertigen würde — wie z. B. er sei Miether des beeinträchtigten Hauses oder seine servitus viae werde durch den Bau verletzt —, so versagt der Prätor die Erlassung des die o. n. n. bestätigenden Decrets und ertheilt die Remission unbedingt bezüglich erklärt die Nunciation für nicht bindend: der bisher bestandene formelle Bann wird einfach aufgehoben, ohne daß an seine Stelle das bedingte prätorische Verbot

tritt, denn es steht ja jetzt gleich fest, daß die Bedingung, unter welcher das letztere überhaupt nur ertheilt wird, nicht existirt. Hat hingegen Nunciant ein seine Nunciation rechtfertigendes jus prohib. behauptet — wie z. B. daß gegen eine ihm zustehende serv. altius non tollendi höher gebaut werde —, so hängt nun das weitere Verfahren von den Erklärungen des Unternehmers ab. Für den Fall des Zugeständnisses ohne Einreden würde selbstverständlich nicht das bedingte Decret ertheilt, sondern das im Edict bedingt formulirte Verbot als ein unbedingtes erlassen werden: die o. n. n. würde für tenent erklärt werden müssen. Dieser Fall wird aber, da einmal der Remissionsantrag gestellt wird, kaum vorkommen, vielmehr wird regelmäßig der Remissionsucher die auf das jus prohib. bezüglichen Behauptungen des Nuncianten entweder leugnen oder sich wenigstens auf eine das Recht ausschließende Einrede berufen. Möglich wäre es hier immer noch, daß, weil die Thatsachen schon in jure festständen, der Prätor sofort einen nicht hypothetischen Ausspruch ertheilte, der definitiv die o. n. n. entweder aufhebt oder bestätigt. Abgesehen davon aber erfolgt der bedingte Ausspruch mit den oben angegebenen Wirkungen: die Untersuchung über die Existenz des klägerischen oder beklagtischen Rechts, ob also aus dem hypothetischen Befehl wirklich eine Verpflichtung für den Nunciaten erwächst oder nicht, überläßt der Prätor wie bei anderen Interdicten dem judex.

Ebensowenig befaßt sich der Prätor mit der Erörterung der Frage, ob die formellen Voraussetzungen der Giltigkeit der o. n. n. vorliegen. Vor Allem fragt er nicht, wie nach dem materiellen Grund der Nunciation, so nach der Existenz dieser formellen Erfordernisse: die

Behauptung des Nuncianten, daß der Einspruch erhoben worden, genügt für den Ausspruch ‚in eo nunciatio teneat‘, denn es ist damit über die formelle Giltigkeit der Nunciation noch gar nichts entschieden, vielmehr nur die wirklich formell wirksame Nunciation unter der weiteren Bedingung des jus prohib. aufrecht erhalten. Diese Frage bleibt wie die nach der Existenz des jus prohib. dem bei Geltendmachung des Remissionsinterdicts zu constituirenden judicium überlassen[86]). Allerdings kann aber der Unternehmer in jure Einwendungen und Ausstellungen auch in Bezug auf die Form des Einspruchs erheben, wenigstens in Verbindung mit der Beschwerde über die materiell ungerechtfertigte o. n. n.[87]). Steht die Wahr-

86) Vgl. unten Ziff. 58. bei Anm. 41.

87) Blos auf Grund formeller Mängel der Nunciation wird der Nunciat den Remissionsantrag nicht stellen. Denn da der Prätor diese Frage nicht selbst untersucht, so kann er den Ausspruch, auf den es doch dem Nunciaten ankam — nämlich nunciatio non tenet — nicht ertheilen, sondern er vermag nur zu sagen: die Nunciation gilt nicht, wenn die formellen Voraussetzungen nicht vorliegen. Mit dieser Rechtsbelehrung wäre aber dem Nunciaten nichts genützt gewesen, die Sachlage wäre dadurch gar nicht verändert worden: wenn er fortbaute und dann in dem vom Nuncianten erhobenen demolitorischen Processe sich das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen herausstellte, so mußte eben das opus destruirt werden Es wird also der Nunciat nur in Verbindung mit der Beschwerde über die materiell ungerechtfertigte Nunciation Ausstellungen in formeller Beziehung machen. Ist er sich des jus prohib. seines Gegners bewußt, so muß er sich sagen, daß die bloße Aufhebung des formellen

heit dieser Behauptung in Bezug auf formelle Mängel sofort in jure fest, so wird natürlich nicht das bedingte Remissionsdecret ertheilt, sondern omni modo remittitur: denn selbst wenn ein jus prohib. vorhanden wäre, so kann doch der blos factische, rechtlich sich als unstatthaft erweisende Einspruch keinerlei Wirkung im Gefolge haben, das jus prohib. macht die ungiltige o. n. n. nicht zu einer giltigen, der Ausspruch in eo nunciatio teneat kann nicht erfolgen, wenn es feststeht, daß nunciatio non tenet.

Nun braucht zwar der Nunciat in den Fällen, wo es der o. n. n. infolge formeller Mängel am rechtlichen Bestand fehlt, einen Remissionsantrag gar nicht zu stellen, sondern contemni potest nunciatio. Aus einer solchen Nunciation geht kein wirksames interd. demol. hervor: der Prätor denegirt es oder der judex absolvirt den Beklagten. Es schließt das aber nicht aus, daß der Nunciat in solchen Fällen doch einen Remissionsantrag stellen kann, und das wird er häufig seiner Sicherheit wegen thun. Denn wenn er auch weiß, daß die Nunciation ihn nicht bindet, falls sie an formellen Mängeln leidet, so weiß er doch nicht immer mit Gewißheit, ob wirklich ein solcher Mangel vorliegt; eine Täuschung in dieser Beziehung würde ihn schweren Nachtheilen aussetzen und daher wird er es vorziehen, durch seinen Remissionsantrag die Möglichkeit dieser Gefahr zu beseitigen, indem er dann jedenfalls nur für den Fall

Banns — selbst wenn diese vom Prätor gleich ausgesprochen würde — im Endresultat ihm nichts nützt, da er sich ja dann immer noch der petitorischen Klage aus dem jus prohib. ausgesetzt weiß.

der materiellen Berechtigung des Nuncianten unterliegt. Namentlich dann ist der Antrag auf Remission für ihn geboten, wenn es sich nicht um den Mangel formeller Voraussetzungen, die gleich beim Nunciationsact vorhanden sein müssen, sondern um solche Erfordernisse handelt, die später bei der gerichtlichen Verfolgung der Contravention gegen die o. n. n. hinzutreten müssen. So haben wir früher gesehen, daß der Nunciant bei Erhebung des demolitorischen Processes unter Umständen das juramentum calumniae leisten muß und daß ihm bei Verweigerung desselben das Interdict denegirt wird[88]). Da der Nunciat nicht wissen kann, ob dieser Eid nicht geschworen wird, so wird er vorsichtigerweise zunächst sistiren und durch den Prätor den Bann lösen lassen[89]).

88) Gewöhnlich wird als ein Fall der unbedingten Remission die Verweigerung des juram. calumniae angeführt. Ob es aber im Remissionsverfahren zur Ableistung dieses Eides kommt, ist zweifelhaft. Das Bedürfniß dazu bestand hier nicht so wie beim demolitorischen Proceß: in diesem muß ohne Rücksicht auf das materielle Recht die Restitution erfolgen, bei der Remission ist hingegen der Nunciat auch ohne juram. calumn. genügend geschützt, indem ja hier seine Restitutionspflicht ausdrücklich von der Bedingung des materiellen Rechts auf Seiten des Nuncianten abhängig gemacht wird. Vgl. oben Ziff. 40.

89) Ebenso ist der Remissionsantrag da gerathen, wo die Frage nach dem formellen Bestand und der Wirksamkeit der o. n. n. nicht ohne richterliche Untersuchung der concreten Verhältnisse beantwortet werden kann, wie z. B. wenn der Unternehmer die Nunciation wegen periculum in mora für nicht bindend hält, denn hierbei kann der Richter leicht anderer Meinung sein

Das Resultat hinsichtlich der zwiefachen Möglichkeit, daß das Remissionsdecret entweder bedingt oder unbedingt lautet, ist demnach das, daß es zu dem unbedingten Decret nur dann, aber auch immer dann kommt, wenn sofort in jure die formelle oder materielle Ungiltigkeit der o. n. n. feststeht. —

Ein Punct bedarf noch einer besondern Erwägung [90]). Damit überhaupt ein Interdict erlassen werden kann, müssen beide Parteien in jure erscheinen. Die Erklärungen derselben sind für den zu erlassenden Befehl so maßgebend, daß nur nach Gehör Beider die Obligation durch das Interdict aufgelegt werden soll. Zu der Annahme, daß dies beim Remissionsverfahren anders sei, liegt keine Veranlassung vor, vielmehr setzen die Quellen immer die Anwesenheit des Nunciaten und des Nunciaten, sei es in eigener Person oder durch Stellvertreter, voraus.

Bei anderen Interdicten ist nun die Anwesenheit des Klägers durch sein eigenes Interesse geboten: er will

als der Unternehmer. — Charakteristisch ist es, daß der einzige Fall, für welchen in den Quellen die unbedingte Remission erwähnt wird, ein solcher ist, bei dem es jedenfalls in jure feststeht, daß die formelle Voraussetzung für die Rechtsbeständigkeit bezüglich für die Aufrechterhaltung der o. n. n. nicht vorliegt, nämlich wenn der Procurator des Nuncianten in jure die cautio de rato verweigert. In anderen Fällen werden meist die Thatsachen in jure nicht so feststehen, daß die unbedingte Aufhebung des Banns möglich wäre.

90) Dieser Punct wird wichtig für die Frage nach der Gestaltung der Remission im Justinianeischen Recht. Vgl. unten Ziff. 79.

ja einen Befehl des Prätors auswirken, erscheint er nicht, so wird ihm eben kein Interdict gewährt; für die gleichfalls nothwendige Anwesenheit des Gegners muß nach den Grundsätzen des römischen Processes der Impetrant selbst sorgen: wenn derselbe nicht vor Gericht gestellt werden kann, so wird das Interdict nicht erlassen, sondern es kommt nun zu der gewöhnlichen missio in bona absentis nomine[91]).

Bei dem Remissionsinterdict liegt aber die Sache in dieser Beziehung ganz eigenthümlich[92]). Hier ist der Nunciat, also der, welcher für den Fall der Ertheilung des Interdicts materiell Beklagter ist, derjenige, der zunächst in jure einen Antrag stellt, den Antrag auf Aufhebung des formellen Banns: seine Anwesenheit ist demnach immer durch sein eigenes Interesse geboten, da sonst jedenfalls der formelle Bann fortdauert; vom Nuncianten hingegen, obgleich er, wenn er erscheint, materiell Kläger ist, auf dessen Antrag die o. n. n. bedingt bestätigt wird, kann man nicht wie bei anderen Interdicten sagen, daß seine Anwesenheit durch sein eigenes Interesse erfordert werde, da ja eben der formelle Bann, der den Nunciaten ohne alle weitere Voraussetzung bindet, zunächst zu seinen Gunsten besteht. Es ist daher Sache des Nunciaten, des formellen Impetranten, den Nuncianten vor Gericht zu stellen. Was ist aber die Folge, wenn Nunciant nicht in jure erscheint? Wäre der Antrag des Nunciaten die Bitte um Erlaß eines selbständigen Interdicts an Nuncianten, so würde gegen diesen die missio in bona verfügt werden. Aber so ist es doch

91) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 209 ff.
92) Vgl. oben Ziff. 50. a. E.

nicht, vielmehr ist dieser Remissionsantrag nur die Veranlassung, das unbedingte Privatverbot in ein bedingtes prätorisches Verbot zu verwandeln, indem der Nunciat den Nuncianten dadurch gewissermaßen zum Antrag auf Bestätigung der o. n. n., also auf Erlaß eines prohibitorischen Interdicts provocirt. Dieses Interdict kann beim Nichterscheinen des Nuncianten und beim Mangel eines dahin gehenden Antrags offenbar nicht erlassen werden. Aber es wäre im höchsten Grad unbillig, wenn man hier an dem Grundsatz festhalten wollte, daß lediglich durch Umwandlung in ein bedingtes Interdict der formelle Bann aufgehoben werde: denn es würde dann der Bann fortbestehen müssen und das Nichterscheinen des Nuncianten würde für ihn den Vortheil haben, daß keine Remission erfolgte. Das darf natürlich nicht sein. Daher bleibt nichts anderes übrig, als daß hier, wie auch in anderen Fällen, die Aufhebung des Banns selbständig und unbedingt ausgesprochen wird, **nunciatio omni modo remittitur**[93]). Gerade wegen dieser Folge der Abwesenheit des Nuncianten wird es keine Schwierigkeiten gehabt haben, denselben vor Gericht zu stellen, indem dann sein eigenes Interesse, das Verlangen die o. n. n. bestätigt zu sehen, ihn zum Erscheinen antrieb,

93) Für dieses Resultat aus allgemeinen Erwägungen spricht auch die specielle Bestimmung in l. 5. §. 18. h. t., daß, wenn der Procurator des Nuncianten nicht cautio de rato leistet, nunciatio omni modo remittitur: der Nunciant erscheint dann nicht als gehörig vertreten, selbst wenn der für ihn Auftretende verus procurator ist; noch mehr also muß dies gelten, wenn von Seiten des Nuncianten gar Niemand erscheint.

und darum erwähnen die Quellen diesen Fall überhaupt nicht.

58. 2. Ehe wir zu dem an die Ertheilung des Remissionsdecrets sich anschließenden Verfahren übergehen können, muß noch eine wichtige und bestrittene Frage erörtert werden, die Frage, ob im Remissionsverfahren vor dem Prätor vom Remissionsucher Caution geleistet werden muß.

Der Hauptvertreter der Ansicht, daß diese Cautionsleistung — bei einer formell giltigen o. n. n. — nothwendig sei, ist Schmidt (a. a. O. VIII. S. 17. ff.); fast alle Neueren hingegen haben diese Ansicht bekämpft. Nachdem jedoch Schmidt seine frühere zu weit gehende Behauptung, daß die Cautionsleistung gerade der Zweck der o. n. n. sei, zurückgenommen und dahin beschränkt hat, daß das Remissionsdecret nicht ohne vorgängige Cautionsleistung ertheilt werde, dürfte diese Ansicht trotz der dagegen erhobenen Bedenken sich doch als die allein richtige erweisen. Die Richtigkeit derselben läßt sich außer den schon von Schmidt dafür angeführten Gründen nicht allein durch eine Reihe von Quellenzeugnissen, sondern auch durch allgemeine Erwägungen aus sonst geltenden Grundsätzen darthun, während die gegen dieselbe geltend gemachten Gründe als unstichhaltig sich nachweisen lassen.

a. Was zunächst die Quellenzeugnisse anbelangt, so muß, ehe wir dieselben einer Prüfung unterziehen, an den durch die bisherigen Ausführungen festgestellten Satz erinnert werden, daß das bedingte Remissionsdecret — denn nur bei diesem kann die ganze Frage überhaupt aufgeworfen werden — eine Umwandlung des

bisher bedingungslos wirkenden Privatverbots in ein bedingtes prätorisches Verbot ist und daß daher, wenn es einmal ertheilt ist, infolge der darin liegenden Aufhebung des formellen Banns der Nunciat sofort die formelle Baubefugniß erlangt hat. Ist dies aber richtig, so sind die Stellen, nach denen der Nunciat die formelle Baubefugniß nur nach geleisteter satisdatio hat, ganz unerklärlich, wenn man nicht eben annimmt, daß vor der Ertheilung dieses bedingten Decrets die satisdatio geleistet werden muß. Auch haben nur bei dieser Annahme diejenigen Stellen einen Sinn, in welchen die satisdatio auch im Remissionsverfahren sowie außerhalb desselben als selbstverständlich erwähnt wird: es wäre das nicht möglich, wenn es zur Remission auch ohne die Cautionsleistung käme.

Nach dieser Vormerkung sollen nunmehr die einzelnen Quellenzeugnisse betrachtet werden.

In l. 5. §. 17. h. t. sagt Ulpian: wenn der Nunciat die cautio ex o. n. n. geleistet hat (nämlich außergerichtlich) oder wenn, was dem gleichsteht, die gehörig angebotene Caution vom Nuncianten nicht angenommen worden ist, perinde est ac si o. n. nunciatio omissa (= missa) esset. Und dann fährt er fort:

> habet autem hoc remedium utilitatem; nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi, ut missa fieret nunciatio.

Wie könnte Ulpian so sprechen, wenn nicht auch im Remissionsverfahren Caution geleistet werden müßte? Wäre auf den blosen Antrag des Nunciaten hin nach der kurzen vorher geschilderten Verhandlung das Remissionsdecret und damit die formelle Baubefugniß gegeben worden, dann war dieser blose Gang zum Prätor wahr-

lich keine vexatio und am allerwenigsten gegenüber einer satisdatio: die Nothwendigkeit den Remissionsantrag zu stellen war doch viel weniger eine vexatio als die Nothwendigkeit eine durch Bürgen zu bestärkende stipulatio zu leisten. Nur dann, wenn der Nunciat trotz seines Ganges zum Prätor doch noch Caution leisten mußte, so daß er also ganz in derselben Lage war, wie ohne den Remissionsantrag, nur dann erscheint dieser Gang wirklich als etwas überflüssiges, nur dann hat die Zulässigkeit der außergerichtlichen Cautionsleistung eine utilitas für ihn.

Derselbe Ulpian sagt unmittelbar darauf in l. 5. §. 19. h. t.

> Qui remissionem absentis nomine desiderat, sive ad privatum sive ad publicum jus ea remissio pertinet, satisdare cogitur: sustinet enim partes defensoris. Sed haec satisdatio non pertinet ad ratihabitionem, sed ad o. n. nunciationem.

Es handelt sich hier also um einen beim Prätor gestellten Remissionsantrag. Der Antragsteller ist materiell Beklagter für das Remissionsinterdict, er muß als solcher cautio ex o. n. n. leisten, folglich wird die Remission erst nach geleisteter Caution ertheilt. Freilich ist es in diesem Fall nicht der Nunciat selbst, sondern ein Procurator, der den Remissionsantrag gestellt hat, und darum sucht man die Beweiskraft dieser Stelle zu entkräften durch Verweisung auf den Satz ‚nemo alienae rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur', auf welchen Satz in unserer Stelle mit den Worten ‚sustinet enim partes defensoris' ausdrücklich Bezug genommen werde: diese Motivirung des Zwangs zur Cautionsleistung durch die Verweisung auf die allgemeine

Pflicht des Defensors beweise gerade, daß sonst die Caution nicht gefordert werde[94]). Dieser Gegenbeweis ist aber mißlungen. Was zunächst den Umstand anbelangt, daß hier nicht vom Nunciaten selbst, sondern von dessen Procurator die Rede ist, so hat dies deßhalb nichts Auffallendes, weil die ganzen Stellen von l. 5. §. 17. bis l. 7. h. t. sich mit der Stellvertretung bei der o. n. n. beschäftigen. Es ist daher dieser Umstand allein kein Grund, das vom Procurator Gesagte nicht auch vom Nunciaten selbst gelten zu lassen. So wird auch in l. 5. §. 20. h. t. lediglich von dem die cautio ex o. n. n. erlangenden Procurator des Nuncianten gesagt, daß er, falls der Cavent das interd. ne vis fiat aedificanti gegen ihn anstelle, die cautio judicatum solvi leisten müsse, quia partes sustinet defensoris, und doch unterliegt es keinem Zweifel, daß, wenn der Nunciant selbst mit diesem Interdict belangt wird, er gleichfalls die cautio judic. solvi zu leisten hat. Schon daraus ergiebt sich, daß der Beweis aus dieser Motivirung in unserer Stelle kein schlüssiger ist. In der That zeigen aber auch die Schlußworte (sed haec satisdatio non pertinet ad ratihabitionem, sed ad o. n. n.) deutlich, daß durch jene Verweisung nicht die Cautionspflicht überhaupt, sondern der Inhalt der zu leistenden Caution motivirt werden soll, indem der Procurator des Nunciaten, obgleich formell Impetrant, doch Vertreter des Beklagten ist. Vor Allem aber wird bei jener Gegenargumentation ein Satz unserer Stelle ganz übersehen, der für ihren Sinn gerade von höchster Wichtigkeit ist, der Satz: sive ad privatum sive ad publicum jus ea remissio pertinet. Bei einer o. n. n.

94) Vgl. z. B. Karlowa a. a. O. S. 74.

jur. publici t. c. braucht nämlich der Nunciat selbst nur repromissio zu leisten, während bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. satisdatio erforderlich ist[95]): wenn aber ein Procurator für den Nunciaten auftritt und Remission verlangt, so muß er nach l. 5. §. 19. cit. stets satisdatio leisten, auch dann, wenn jur. publici t. c. nunciirt worden ist. Der Unterschied zwischen dem Fall, wo der Nunciat selbst und wo sein Vertreter die Remission beantragt, besteht demnach nicht darin, daß überhaupt nur im letzten Fall cavirt werden müßte, sondern vielmehr darin, daß, während in beiden Fällen Caution zu leisten ist, vom Vertreter stets, vom Nunciaten selbst aber nur bei o. n. n. jur. n. cons. c., nicht auch bei o. n. n. jur. publ. t. c. eine durch Bürgschaft verstärkte Caution gefordert wird.

Nach l. 8. §. 2. h. t. (Paulus):

> Si, cum possem te jure prohibere, nunciavero tibi o. n., non alias aedificandi jus habebis, quam si satisdederis

hat der Nunciat nur dann die formelle Baubefugniß[96]), wenn er satisdatio leistet. Da nun unzweifelhaft auch durch das Remissionsdecret diese Befugniß gegeben wird und das interd. demol. nicht blos wegen des nach der Cautionsleistung, sondern auch wegen des nach dem Remissionsdecret Gebauten versagt wird, diese Stelle aber doch ausdrücklich ausspricht, daß nur nach geleisteter satisdatio ungestört fortgebaut werden darf, so folgt

95) L. 8. §. 2. 3. h. t. S. im Folgenden.

96) Das ist hier die Bedeutung des jus aedificandi; das materielle Baurecht hat der Nunciat der Cautionsleistung wegen natürlich nicht.

daraus mit Nothwendigkeit, daß auch beim Antrag auf Remission und vor Ertheilung derselben die Caution geleistet werden muß. Karlowa (S. 75.) will unsere Stelle so verstehen, als wäre gesagt, daß „falls der o. n. n. wirklich ein jus prohib. zu Grund liege", nur die satisdatio die Möglichkeit verschaffe, vorläufig ungestört weiter zu bauen. Da man aber, wie wir früher gesehen haben, zur Zeit der Remissionsertheilung noch gar nicht weiß, ob der Nunciation wirklich ein jus prohib. zu Grunde liegt, so weiß man auch nicht, ob nur die satisdatio die Möglichkeit des vorläufigen Fortbauens giebt: das vorläufige Fortbauendürfen muß doch gerade unabhängig sein von der Frage nach der Existenz eines jus prohibendi. Offenbar ist Karlowa zu dieser Annahme durch die Worte „cum possem te jure prohibere" verleitet worden, die allerdings auf den ersten Blick für seine Ansicht zu sprechen scheinen. Da aber die ihnen untergelegte Bedeutung nach dem eben Bemerkten unmöglich ist, so muß ihr Sinn nothwendig ein anderer sein. Dieser wahre Sinn ergiebt sich durch eine Vergleichung mit dem folgenden §. 3.:

> Quodsi nunciavero tibi, ne quid contra leges in loco publico facias, promittere debebis, quoniam de eo opere alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debeo.

Danach ist im §. 2. von der o. n. n. jur. n. cons. c., im §. 3. im Gegensatz dazu von der o. n. n. jur. publ. t. c. die Rede, und der Sinn der Worte „si cum possem te jure prohibere, nunciavero tibi o. n." ist infolge des mit quodsi hervorgehobenen Gegensatzes der: wenn ich dir auf Grund eines jus pro-

hib. nunciirt habe[97]), dann hast du die formelle Befugniß zum Weiterbauen nur dann, wenn du satisdatio leistest, während nach §. 3., wenn ich jur. publ. t. c. nunciirt habe, du nur repromissio leisten mußt, weil ich in diesem Fall nicht wie dort meo, sondern alieno jure contendo. Da also bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. lediglich die satisdatio die vorläufige Baubefugniß gewährt, so kann das gleichfalls diese Befugniß gewährende Remissionsdecret nur nach geleisteter satisdatio ertheilt werden; es hätte sonst, da in der Ertheilung des bedingten Remissionsdecrets eine Aufhebung des formellen Banns liegt, nicht gesagt werden können: *non alias* jus aedificandi habebis quam si *satisdederis*, denn es hätte ja dann das bedingte Remissionsdecret ohne satisdatio dieselbe Befreiung des Nunciaten zur Folge gehabt.

Dasselbe Argument bietet die l. 21. §. 1. h. t., nach welcher dem Nunciaten ein impune aedificare, d. h. ohne daß er das interd. demol. zu fürchten hat, nur möglich ist, wenn er satisdatio geleistet hat. Die Stelle lautet in Verbindung mit dem princip.:

Stipulatio de o. n. n. interponi solet, quoties vicinus dicit jus sibi esse prohibere vicinum o. n. invito se facere. (§. 1.) Si quis autem vult post o. n. nunciatum impune aedificare, offerre debet satis nunciatori: quod si fecerit utrique consultum est tam ei qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo, quam ei cui nunciatum est, quia molitio ejus non impeditur: antequam enim caveat quicquid

97) Vgl. auch die Note bei Mommsen (*meo ins.*).

aedificaverit, interdicto restitutorio destruere compellitur.

Es ist nicht ganz zweifellos, welches der Gegensatz des princ. und des §. 1. ist. Man könnte ihn in dem weiteren Begriff der stipulatio gegenüber der satisdatio erblicken wollen, aber bei der Nunciation wegen eines jus prohib. kommt eine andere als durch satisdatio verstärkte stipulatio gar nicht vor. Auch auf das impune aedificare, den Ausschluß des interd. demolitorium, darf der Gegensatz nicht gestellt werden, da ja dies überhaupt die Wirkung der giltig geleisteten Caution ist. Ebensowenig kann man annehmen, daß das princ. von dem Fall der Klaganstellung ohne vorherige o. n. n. spreche, denn wenn auch die hier zu leistende cautio judicatum solvi materiell mit der gerichtlichen cautio ex o. n. n. identisch ist, so könnte doch für die cautio judic. solvi nicht der Ausdruck cautio ex o. n. n. gebraucht werden, wenn gar keine o. n. n. stattgefunden hätte. Aus demselben Grund, abgesehen von anderen Bedenken, kann man auch nicht annehmen, daß im princ. von dem Fall die Rede sei wo noch nicht formell nunciirt und auch nicht geklagt, aber doch außergerichtlich dem Bauenden gegenüber ein jus prohib. in Anspruch genommen worden ist. Es muß vielmehr auch das princ. von einem Fall der stipulatio nach bereits erfolgter o. n. n. sprechen und der Sinn kann nur der sein: wenn der Nunciant behauptet, jus sibi esse prohibere vicinum, o. n. invito se facere, dann p f l e g t die stipulatio de o. n. n. geleistet zu werden. Das heißt: es besteht zwar die Verpflichtung dazu, wie auch die Verpflichtung zur Bestellung der cautio judic. solvi besteht, aber einen directen

Zwang giebt es nicht, dort wie hier kann die Cautionsleistung unterlassen werden; wenn der Nunciat jedoch in dieser Weise indefensus ist, dann treffen ihn dort wie hier gewisse Nachtheile und deßhalb pflegt die Caution geleistet zu werden. Ueber den mit unserer Frage in engem Zusammenhang stehenden Nachtheil im Fall der verweigerten cautio judic. solvi werden wir später (Ziff. 54.) noch zu sprechen haben, der Nachtheil für den Fall der nicht geleisteten stipulatio de o. n. n. ist der im §. 1. angegebene: der durch die vorausgegangene o. n. n. gebundene Nunciat darf nun nicht impune aedificare, will er bauen, ohne sich dem interd. demol. auszusetzen, dann offerre debet satis nunciatori. Also ohne Caution überhaupt keine Lösung des formellen Banns und kein Ausschluß des interd. demolitorium. Da wir aber wissen, daß durch das bedingte Remissionsdecret eine Aufhebung des formellen Banns herbeigeführt wird und daß nach der Formel des interd. demol. dieses Interdict dann nicht zusteht, wenn *vel nunciatio remissa sit vel* vice nunciationis remissae *satisdatio* de opere restituendo *fuerit interposita*, so kann das Remissionsdecret nicht ohne vorgängige Cautionsleistung ertheilt worden sein. Wenn man gerade aus diesen Worten, aus der alternativen Nennung der remissio und satisdatio, ein Gegenargument gegen diese Ansicht hat ableiten wollen[98]), so ist das verfehlt: diese Alternative erklärt sich einfach daraus, daß hier unter satisdatio die außergerichtliche Cautionsleistung verstanden ist[99]).

98) Vgl. z. B. Karlowa S. 74. Stölzel S. 286.
99) Vgl. unten Ziff. 56. bei Anm. 24.

In den bisher erörterten Stellen, nach welchen das interd. demol. nur nach vorgängiger Cautionsleistung ausgeschlossen ist, ist demnach, wenn man festhält, daß auch das Remissionsdecret seiner Fassung nach diesen Ausschluß zur Folge hat, mit voller Deutlichkeit ausgesprochen, daß dem Remissionsdecret die Cautionsleistung vorausgehen muß. Zu demselben Resultat führt infolge eines anderen Schlusses eine Reihe weiterer Stellen, in welchen Remission und Caution als in enger Verbindung stehend erwähnt werden und die Cautionsleistung als etwas selbstverständliches vorausgesetzt wird.

Die Hauptstelle in dieser Beziehung ist die l. 7. §. 2. quod vi aut cl. (Ulpian):

> Ait Julianus: qui *ante remissionem* nunciationis, contra quam prohibitus fuerit, opus fecerit, duobus interdictis tenebitur, uno, quod ex o. n. n. competit, altero, quod vi aut clam. *Remissione autem facta* intelligendus non erit vi aut clam facere, quamvis prohibeatur: licere enim debet aedificare *ei, qui satisdederit*, cum possessor hoc ipso constituatur —.

Der Jurist führt aus, daß das interd. quod vi aut clam nach der Remission einer o. n. n. nicht denkbar sei. Wenn der Nunciat, sagt er, ante remissionem nunciationis dem Verbot zuwiderhandelt, haftet er wie dem interd. demol. so auch dem interd. quod vi aut clam, nach der Remission aber ist das letztere nicht mehr möglich, denn ei qui *satisdederit* steht die Baubefugniß zu. Es wird also hier als ganz selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Remission infolge geleisteter Caution ertheilt ist. Deutlicher kann es kaum

gesagt werden, daß die Remission lediglich die Folge der Caution ist. Man kann der Beweiskraft dieser Stelle nicht entgegenhalten wollen, es sei hier eben nur von der remissio in dem weitern Sinn als Aufhebung des Banns, nicht von dem prätorischen Remissionsdecret die Rede, und die Stelle sage nur, daß durch die außergerichtliche Caution diese Remission bewirkt werde, nicht auch, daß das Remissionsdecret von der Cautionsleistung abhängig sei: denn Julian spricht ganz allgemein von dem Handeln vor und nach der Remission und läßt im ersten Fall das interd. demol. zu, während dies doch nicht blos infolge der außergerichtlichen Caution, sondern auch infolge des Remissionsdecrets ausgeschlossen ist; und gerade das Argument gegen die Zulässigkeit des interd. quod vi aut clam nach der Remission, worum es sich ja hier allein handelt, paßt durchaus nicht blos auf die außergerichtliche Caution, sondern ebenso auch auf die Ertheilung des Remissionsdecrets: auch nach diesem ist von vi und clam facere nicht mehr die Rede. Wenn also trotzdem blos von satisdatio als das interd. quod vi aut clam ausschließend gesprochen wird, so ist damit unwiderleglich bewiesen, daß das Remissionsdecret nur in Verbindung mit der satisdatio vorkommt.

Einen nicht weniger deutlichen Beleg giebt die l. 13. §. 1. h. t.:

> Si dominus o. n. nunciaverit intra diem, quae stipulatione ex o. n. n. interposita comprehensa est, committitur stipulatio: si praeterita ea die dominus nunciaret, non committitur.

Es handelt sich hier um den Verfall der nach dem princ. vom Procurator des Nuncianten geleisteten cautio de rato. Diese Caution verfällt, wenn der dominus

innerhalb der Zeit, für welche vom Unternehmer die cautio ex o. n. n. bestellt worden ist, selbst wieder nunciirt, indem dann die Bedingung des Verfalls der cautio de rato, das Nichtratihabiren des dominus, eingetreten ist. Es ist hier, wie das princ. zeigt[100]), zum Remissionsdecret gekommen und doch hat der Unternehmer Caution geleistet, und von dieser Cautionsleistung wird als von etwas ganz selbstverständlichem gesprochen. Das wäre nicht möglich, wenn dieselbe nicht eben nothwendig immer hätte erfolgen müssen.

Gegen die Ansicht derjenigen, welche das Remissionsdecret ohne vorgängige Cautionsleistung ertheilt werden lassen, spricht endlich noch die Formel des interd. demol. in den Worten ‚ante quam nunciatio missa fieret aut *in ea causa esset ut remitti deberet*' und deren Erläuterung durch Ulpian. Das in ea causa esse ist nach der Interpretation Ulpian's in §. 1. und 5. der l. 20. h. t. von der Leistung der Caution sowie auch von der Nichtannahme der gehörig offerirten Caution zu verstehen. Wie hätte, wenn das Remissionsdecret sofort auf Antrag des Nunciaten ohne vorherige Caution ertheilt worden wäre, gesagt werden können: die o. n. n. sei dann in ea causa ut remitti deberet, falls Caution geleistet worden sei? Auf der einen Seite soll der Nunciat vor der Remission nicht bauen dürfen, ohne sich eines facere contra edictum schuldig zu machen, auf der anderen Seite soll das in ea causa esse genügen, um das interd. demol. auszuschließen: wenn nun nach jener Ansicht die Remission ohne Weiteres stets ertheilt

100) *Remissio* in personam domini confertur. Vgl. oben Ziff. 51. bei Anm. 74.

wird ohne vorherige Cautionsleistung, so ist die Nunciation stets in ea causa, ut remitti debeat! Zu dieser Consequenz wollen natürlich die Gegner nicht kommen, sondern sie beschränken das in ea causa esse, wie Ulpian es thut, auf die Cautionsleistung bezüglich auf die Nichtannahme der offerirten Caution. Das hat aber doch nur dann einen Sinn, wenn die Remissionsertheilung selbst von vorgängiger Cautionsleistung abhängig war. Dann ist die Bedeutung klar: die Remission muß dann ertheilt werden, wenn der Nunciat gegenüber der Berufung des Nuncianten auf ein genügendes jus prohib. die Caution leistet; dann kann man, wenn diese Caution schon außergerichtlich geleistet ist, sagen ‚nunciatio in ea causa est, ut remitti debeat', und das heißt: es liegt jetzt die Voraussetzung vor, unter der auf jeden Fall vom Prätor remittirt werden würde, und darum bedarf es dann keines besondern Remissionsantrags und Remissionsdecrets. Deßhalb ist die Caution wirklich vice und loco remissionis und die prätorische remissio nach geleisteter Caution non necessaria (l. un. §. 2. de remiss.).

54. b. Unter den von Stölzel gegen die Nothwendigkeit der Cautionsleistung geltend gemachten Gegengründen[1]) findet sich (S. 288. Ziff. 5.) auch der: die Remission von vorgängiger Cautionsleistung abhängig machen heiße den Unternehmer zwingen, entweder Bürgen zu stellen oder seinerseits petitorisch zu klagen oder ein Jahr lang mit seinem Werk einzuhalten; es werde dann nirgends über das Recht des Nuncianten zur o. n. n. verhandelt als im petitorischen vom Unter-

1) Vgl darüber unten Ziff. 56.

nehmer anhängig zu machenden Proceß, und es habe, da der Cautionsleistung keine prätorische causae cognitio vorausgehe, jede beliebige noch so ungerechtfertigte Nunciation den Zwang zur Cautionsleistung ausgeübt: das wäre aber exorbitant. — Das dieser Ausführung entgegenstehende Bedenken aus den bei der cautio judicatum solvi — nach Stölzel selbst dem Vorbild der cautio ex o. n. n. — geltenden Grundsätzen, daß nämlich auch diese von jedem noch so ungerechtfertigt Verklagten in dinglichen Processen geleistet werden muß, sucht Stölzel durch die Behauptung zu beseitigen, daß in dem Auftreten vor Gericht schon eine gewisse Garantie gegen chicanöse Angriffe liege, während eine solche bei der außergerichtlichen o. n. n. ganz fehle, und daß sich an die Nichtleistung geforderter cautio judic. solvi keineswegs die Folgen knüpften wie an die Nichtleistung geforderter cautio ex o. n. n. Was den ersten Grund anbetrifft, so übersieht Stölzel, daß beim Remissionsverfahren, in dem der Nunciant unter Angabe seines jus prohib. das Verlangen auf Bestätigung der Nunciation ausspricht, auch ein Auftreten vor Gericht stattfindet, woran natürlich das Vorausgehen des Privateinspruchs nichts ändert[2]). Der zweite Grund aber ist darum nicht beweisend, weil die Prämisse nicht wahr ist.

Es gilt vielmehr in dieser Beziehung so vollständig das Gegentheil von dem von Stölzel Behaupteten, d. h. es knüpfen sich so wesentlich dieselben Folgen an die Nichtleistung der cautio judic. solvi wie an die Nichtleistung der cautio ex o. n. n. oder umgekehrt, daß wir das in Bezug auf die cautio judic. solvi Geltende

2) Vgl. auch Ziff. 55. bei Anm. 16.

als ein neues und hauptsächliches Argument für die Nothwendigkeit der Cautionsleistung vor Ertheilung des Remissionsdecrets hervorheben müssen.

Vor allen Dingen hat Stölzel eine Stelle in unserm Titel übersehen, die, wenn er sie berücksichtigt und ihren wahren Sinn erkannt hätte, ihn wohl von dieser Behauptung abgehalten haben würde. Es ist dies die l. 15. h. t.:

> Si prius, quam aedificatum esset, ageretur jus vicino non esse aedes altius tollere nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet non prius se aedificaturum, quam ultro egisset jus sibi esse altius tollere. Idemque e contrario, si cum quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet nec o. n. se nunciaturum nec aedificanti vim facturum. Eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de jure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere. (Africanus lib. IX. Quaest.)

Die Stelle spricht von den Nachtheilen, welche den indefensus treffen. Einen wesentlichen Bestandtheil der Defension bildet die Leistung der gehörigen Satisdation[3]). Bei jeder actio in rem und zwar nicht blos bei der rei vindicatio, sondern auch bei der actio negatoria und confessoria[4]) mußte Beklagter die cautio judic.

3) Vgl. Rudorff Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissensch. IX. S. 25. ff. 35. 36.

4) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 33. ff. S. 23. 24.

solvi leisten: bei Verweigerung derselben wurde er als indefensus, qui rem nolit defendere, qui se sponsione judiciove uti oportet non defendat, angesehen. Der erste Theil der l. 15. cit. erörtert nun den Fall, wo Jemand ohne vorherige o. n. n. die actio confessoria gegen denjenigen angestellt hat, der einer servitus altius non tollendi zuwider ein Gebäude errichten will. Wenn hier der Beklagte indefensus ist, d. h. also die cautio judic. solvi nicht leistet, was ist die Folge? Der Beklagte darf den beabsichtigten Bau nicht eher ausführen, als bis er ultro egit, jus sibi esse altius tollere. Danach ist also die Folge, welche die Verweigerung der cautio judic. solvi herbeiführt, ganz dieselbe, die Stölzel bei der Ansicht, daß das Remissionsdecret nicht ohne vorgängige Caution ertheilt werde, so exorbitant findet: der Beklagte ist gezwungen, entweder Bürgen herbeizuschaffen oder seinerseits petitorisch zu klagen oder mit seinem Bau einzuhalten und zwar letzteres hier nicht blos ein Jahr lang, sondern so lange bis er seinerseits petitorisch klagt! Allerdings ist es nicht ein aus der o. n. n. hervorgehendes Rechtsmittel, welches hier dem Kläger gegen den Beklagten, wenn derselbe seine Verpflichtung nicht zu bauen verletzt, zusteht, weil eben keine o. n. n. vorausgegangen ist, aber doch ein Rechtsmittel, welches zu demselben Resultat führt und welches ebensowenig wie das interd. demol. den Nachweis eines materiellen Rechts des Klägers zur Voraussetzung hat.

Um dieses Rechtsmittel kennen zu lernen und zugleich aus der in l. 15. cit. erwähnten Folge der Verweigerung der cautio judic. solvi den weiteren Beweis zu führen, daß die Leistung der cautio ex o. n. n. vor

Ertheilung des Remissionsdecrets nicht nur nothwendig, sondern auch im höchsten Grad zweckmäßig ist, müssen wir auf die im Wesentlichen von Rudorff (Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. IX. S. 7. ff. und XI. 357. A. 26) festgestellten Grundsätze der *translatio possessionis*, wenigstens soweit sie für unsere Frage wichtig sind, etwas näher eingehen.

Wenn eine rei vindicatio oder petitio ususfructus oder hereditatis auf Herausgabe des Besitzes angestellt ist und Beklagter die cautio judic. solvi leistet, so behält er während des Processes den Besitz; verweigert er aber die Cautionsleistung, so gilt er als indefensus und die Folge davon ist die Translation des Besitzes auf den Kläger, so daß nunmehr der frühere Beklagte, wenn er den Besitz wieder erlangen will, mit der petitorischen Klage auftreten muß. Das Verfahren dabei ist das, daß der Prätor auf Antrag des Klägers einen Befehl an Beklagten erläßt: possessionem transferre jubeo, der nach Verschiedenheit der Fälle interdictum quem fundum, quem usumfructum, quam hereditatem heißt. Ist der Beklagte diesem Translations-bezüglich Restitutionsbefehl gegenüber ungehorsam, so kommt es zur gewöhnlichen actio ex interdicto. Die Translation besteht also hier in der Uebertragung des Besitzes der körperlichen Sache auf den Kläger. (Rudorff IX. S. 24—33.)

Bei der actio confessoria wegen negativer Prädialservituten und bei der actio negatoria gestaltet sich die translatio possess. verschieden, je nachdem dem geltend gemachten Recht bereits zuwidergehandelt ist und deßhalb auf Restitution geklagt wird, oder aber in einem früheren Zeitpunct blos die Verletzung für die Zukunft

verhindert werden soll. Von dem ersten Fall spricht insbesondere die l. 45. de damno inf. 39. 2.[5]): die translatio possess. besteht hier darin, daß zwar nicht, entsprechend der Uebertragung des körperlichen Besitzes, die possessio servitutis durch sofortiges Niederreißen des Gebäudes hergestellt wird, aber doch darin, daß dies dann geschieht, wenn der Beklagte nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist Klage erhebt. Von dem zweiten Fall, der Klage vor dem Bau, spricht der oben erörterte erste Theil der l. 15. h. t. — In l. 7. de aqua quotid. 43. 20.[6]) ist von der actio confessoria wegen positiver Realservituten und von der act. negatoria gegenüber einer behaupteten positiven Realservitut die Rede: bei jener muß der indefensus caviren, daß er den früheren Kläger in der Ausübung der Servitut nicht hindern wolle, quamdiu de jure suo doceat, bei dieser muß er caviren, daß er die Servitut nicht aus-

5) Scaev. lib. VII. Quaest. [a quo fundus petetur, si rem nolit (scil. defendere)]. Aedificatum habes: ago tibi jus non esse habere: non defendis. Ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruatur opus (iniquum enim est demolitionem protinus fieri), sed ut id fiat, nisi intra certum tempus egeris jus tibi esse, aedificatum habere.

6) Si de via itinere actu aquaeductu agatur, hujusmodi cautio praestanda est, quamdiu quis de jure suo doceat, non se impediturum agentem et aquam ducentem et iter facientem. Quodsi neget, jus esse adversario agendi aquamve ducendi, cavere sine praejudicio amittendae servitutis debebit, donec quaestio finietur, non se usurum.

üben wolle, donec quaestio finiatur [7]). Wie war nun bei diesen Klagen, die ein Nichtthundürfen des Beklagten

7) Rudorff a. a. O. XI. S. 357. A. 26. (auch Cujaz, cit. bei Rudorff a. a. O. IX. S 19. A. 1.) faßt das quamdiu quis de jure suo doceat in l. 7. cit. so auf: „bis dahin, wo er die Freiheit seines Grundstücks erstritten haben wird", so daß danach der indefensus nunmehr als Kläger während der ganzen Dauer des jetzt von ihm erhobenen Processes den früheren Kläger nicht hindern darf. Auf den ersten Blick, namentlich hingesehen auf l. 15. h. t. (cavere, *non prius* se aedificaturum *quam* ultro *egisset* jus sibi esse) und darauf, daß das de jure docere gewöhnlich nur die Erhebung des Processes bezeichnet, scheint die Annahme näher zu liegen, daß der indefensus nur bis zu dem Augenblick der Klaganstellung den frühern Kläger nicht hindern darf. Andererseits aber enthalten die Schlußworte der l. 7. cit. „cavere non se usurum, *donec quaestio finiatur*" eine Bestätigung für Rudorff's Auffassung. Die Sache verhält sich so. Offenbar muß der frühere Kläger und jetzige Beklagte, da er die gewöhnliche Stellung als Beklagter hat, seinerseits die c. judic. solvi leisten: dadurch erhält er dann den thatsächlichen Zustand aufrecht, gegen welchen die Klage des jetzigen Klägers gerichtet ist, wonach er also die Handlung, wegen deren jetzt gegen ihn geklagt wird, vornehmen darf; ohne diese c. judic. solvi würde der jetzige Beklagte seinerseits indefensus sein und wieder translatio possess. eintreten müssen Der frühere Beklagte und jetzige Kläger bekommt also niemals infolge der bloßen Klaganstellung die Befugniß zu dem, wegen dessen früher gegen ihn geklagt worden ist und zu dessen Geltendmachung er jetzt klagt: leistet der jetzige Beklagte die c. jud. solvi, so steht diesem die factische Ausübung des Rechts zu, welches der frühere Beklagte mit der

(also ein Hinderndürfen des Klägers), bezüglich ein Nichthinderndürfen des Beklagten (also ein Thundürfen des Klägers) geltend machten, das Verfahren hinsichtlich der translatio possessionis? Wie in dem Fall, wo auf eine rei vindicatio oder ähnliche Klage hin der Beklagte die cautio judic. solvi verweigert, der Prätor den Befehl transferre possessionem jubeo an Beklagten erläßt, so ertheilt er wohl auch hier bei Verweigerung der auf eine act. negatoria oder confessoria hin zu leistenden Caution einen ähnlichen Befehl: also in beiden Fällen ein Interdict[8]), und der

jetzt angestellten Klage ihm bestreitet; leistet hingegen der jetzige Beklagte die c. jud. solvi nicht, so ist er eben indefensus und der jetzige Kläger erhält infolge translatio possess. wieder die Beklagtenrolle. Die an sich hierin liegende Gefahr einer Schraube ohne Ende wird dadurch beseitigt, daß der frühere Kläger, der infolge des non defendere des Beklagten die vortheilhafte Beklagtenrolle erhalten hat, nicht leicht durch non defendere seinerseits diese vortheilhafte Stellung sich wieder entziehen lassen wird. — Danach ist aber das quamdiu de jure suo doceat und priusquam ultro egisset einerseits und das donec quaestio finiatur andrerseits ganz identisch. Das erstere sagt: der indefensus darf nicht hindern bezüglich die betreffende positive Handlung nicht vornehmen, so lange er als künftiger Kläger den Proceß führt: von einem docere de jure suo als Kläger ist aber eben nur dann die Rede, wenn ihm nicht infolge des non defendere des jetzigen Beklagten diese Verpflichtung abgenommen wird, er ist nur Kläger, wenn dieser cavirt. Und keinen anderen Sinn hat das donec quaestio finiatur, nämlich die quaestio, in der er nun wirklich dauernd die Klägerrolle hat: das geschieht aber eben nur dann, wenn der jetzige Beklagte cavirt.

8) Die Meinung Rudorff's hinsichtlich dieses Punctes ist

Unterschied ist nur der, daß in jenem Fall das Interdict eine restitutorisches (bezüglich adipiscendae possessionis), in diesem hingegen ein prohibitorisches ist. Dort wurde eine positive einmalige Leistung, hier ein negatives dauerndes Verhalten befohlen. Kam in dem ersten Fall der Beklagte dem Befehl zu restituiren nicht nach, so wurde die gewöhnliche actio ex interdicto beim judex verhandelt, und mit diesem Proceß war die Sache erledigt. Unterließ in dem letzten Fall der Beklagte nicht das, was der Prätor ihm zu unterlassen aufgelegt hatte, so stand dem Kläger wegen dieses facere contra edictum gleichfalls die Klage aus dem

nicht recht klar. Wenn er in seiner Rechtsgesch. II. S. 243. bei A. 18. sagt, der Prätor erzwinge im letztern Fall die Vertauschung der Parteirollen nicht mittelst eines Interdicts, sondern einer Judicialstipulation, so ist das, da er dabei auf seine Abh. in der Ztschr. f. gesch. Rechtswissensch. XI. S. 357. A. 26. verweist, wohl nicht genau ausgedrückt: denn an dieser Stelle sagt er, die l. 7. cit. gehe auf ein dem interd. quem usumfructum analoges Interdict, vielleicht quam servitutem. Freilich sagt er an demselben Ort unmittelbar vorher: der Prätor werde den Beklagten jetzt nicht zur definitiven Anerkennung der Freiheit nöthigen, sondern nur Caution verlangen, daß er sich der Ausübung der streitigen Servitut bis zur Entscheidung der nun von ihm anzustellenden act. confess. enthalten wolle; aber in derselben Zeitschr. IX. S. 36. hat er doch wieder ausgeführt, daß der in l. 15. h. t. genannte die Vertauschung der Parteirollen besorgende judex nicht der Prätor, sondern der judex und zwar der judex in dem Interdictenprocesse sei, welcher bei Ungehorsam des Beklagten gegenüber dem auf Restitution der nicht vertheidigten Servitut oder Freiheit gerichteten Befehl des Prätors entstanden sei.

Interdict zu. Insofern sind also die beiden Fälle ganz gleich. Nun wird aber in den Fällen der letzteren Art von einer dem nicht judicatum solvi cavirenden Beklagten aufzulegenden Caution gesprochen, des Inhalts, daß er das dem Kläger gegenüber von ihm in Anspruch genommene Recht nicht ausüben bzgl. daß er den Kläger nicht an der Ausübung des von diesem klagend verfolgten Rechts hindern wolle, bis er seinerseits klagend deßhalb auftrete: also eine Caution, wodurch der Beklagte ganz dasselbe verspricht, wie das, was ihm schon durch das Interdict des Prätors befohlen ist. Wozu diese Caution[9])? Man könnte daran denken, daß der Prätor dadurch seinen Befehl habe verstärken und dessen Befolgung sichern wollen und deßhalb dem Beklagten die Leistung dieser Caution aufgelegt habe. Dagegen spricht — abgesehen davon, daß bei einem solchen unbedingten prätorischen Befehl zum Unterlassen etwas ähnliches

9) Daß zwischen der c. judic. solvi und dieser Caution ein großer Unterschied ist, liegt auf der Hand. Bei jener handelt es sich um Uebernahme der aus dem Rechtsstreit erwachsenden Verpflichtung zum defendere. Diese Verpflichtung kann Beklagter von sich ablehnen, er wird zur Uebernahme des Processes nicht gezwungen, also auch nicht zur Leistung der c. jud. solvi. Dann aber muß er eben unsere Caution leisten: da er dem Kläger das geltend gemachte Recht nicht im Proceßweg als Beklagter bestreiten will, darf er ihm auch nicht anders als wieder im Proceßweg entgegentreten, er soll nunmehr den Kläger factisch in dem Zustand lassen, den dieser damals mit seiner Klage als einen rechtlichen in Anspruch nahm, bis er sich eines Besseren besinnt und nunmehr selbst als Kläger auftritt. Darauf ist diese Caution gerichtet.

sonst nicht vorkommt — deutlich die l. 15. h. t., nach welcher nicht der Prätor, sondern der judex es ist, der diese Caution auflegt[10]). Hier wird nun der Unterschied zwischen den beiden oben unterschiedenen und im Uebrigen gleichen Fällen (interd. quem fundum und quam servit.) von Bedeutung: daß in dem ersteren Restitution anbefohlen und dadurch eine mit einer einmaligen Leistung erfüllte Obligation begründet wird, während im

10) Daß der in dieser Stelle genannte judex nicht der Prätor sein kann, hat Rudorff a. a. O. IX. S. 36. mit Recht gegen die abweichende Ansicht Bethmann-Hollweg's ausgeführt. Die Ausdrücke ‚partes judicis non alias futuras fuisse' und ‚similiter officio judicis continebitur' können nur vom judex privatus verstanden werden, und für Annahme einer Interpolation liegt durchaus kein Anhalt vor, zumal wir ganz demselben Ausdruck in l. 2. §. 18. ne qu. in loco p. 43. 8. begegnen. — Ebenso richtig ist die gegen Cujaz gerichtete Bemerkung Rudorff's, daß dieser judex nicht der judex in der Hauptsache, im confessorischen oder negatorischen Proceß sein kann: denn wenn bei diesem der Beklagte sich in jure nicht defendirt, so kommt es gar nicht zu einem judicium in der Hauptsache, und wenn der Beklagte in judicio contumax ist, so ist das judicium ein desertum und von einer Vertauschung der bereits festgestellten Parteirollen kann nicht mehr die Rede sein. Der judex in unserer Stelle ist demnach unzweifelhaft der judex im Interdictenproceß, welcher entstand, wenn der Beklagte dem Translationsbefehl des Prätors (dem Befehl zu unterlassen) nicht gehorchte. — Aber Rudorff erklärt nicht, warum es in diesem Proceß noch zur Auflage einer Caution und gerade dieser Caution kam, und doch ist das eine wohl aufzuwerfende Frage.

letzteren Fall das Interdict ein prohibitorisches auf ein Unterlassen gerichtetes ist und die dadurch begründete Obligation nur durch fortdauerndes Nichtthun erfüllt wird, also ein mehrfaches Zuwiderhandeln dagegen möglich ist. Für diesen letzteren Fall hat aber unsere Caution einen sehr guten Sinn. Bei einer Contravention gegen den Translationsbefehl klagt der Berechtigte mit der actio ex prohibitorio interdicto und Beklagter wird condemnirt: hätte das officium judicis hier nicht weiter gereicht als den Beklagten in die Sponsionssumme und das Interesse, bzgl. bei impetrirter actio arbitraria nur in das letztere zu verurtheilen, so wäre damit künftigen Störungen des Beklagten nicht vorgebeugt gewesen[11]. Es wäre bei neuer Störung stets wieder die Impetrirung eines neuen Interdicts nothwendig gewesen. Das gerade wird unnöthig gemacht durch diese Caution, durch welche Beklagter sich selbst gleich in judicio, nachdem er wegen der einen Contravention belangt worden ist, verpflichten muß, fernere Störungen zu unterlassen, so daß also im judicium jedesmal eine neue Obligation für Beklagten begründet wird[12].

11) Denn wegen wiederholter Störungen konnte man aus dem alten Interdict nicht wieder klagen, der prätorische Befehl reicht nur zu der einmaligen Klage hin. Die durch das prohibitorische Interdict erwachsene Verpflichtung dauert nicht etwa wie die aus dem Gesetz immerwährend, sondern ist durch die Klage ex interdicto consumirt. Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 279.

12) Auch in dem Fall kann diese Cautionsleistung vorkommen, wenn der Beklagte sich einer Contravention gegen den Befehl noch nicht schuldig gemacht und der Impetrant doch, weil er eine solche voraussieht und

55. Bis jetzt haben wir von den Fällen gesprochen, wo ohne vorausgegangene *o. n. n.* eine dingliche Klage angestellt und vom Beklagten die cautio judic. solvi nicht geleistet worden ist. Wie gestaltet sich das nun, wenn Kläger vorher nunciirt hatte? Für diesen Fall können von den bisherigen Fällen und Stellen natürlich nur diejenigen in Betracht gezogen werden, in denen der Beklagte eine positive Thätigkeit vornehmen (nicht den Kläger hindern) will und in denen wegen eines opus novum nondum factum geklagt ist: also nur der erste Theil der l. 15. h. t. und außerdem noch die l. 7. de aqua quot., wenn man an Stelle der dort genannten Fälle solche setzt, in denen eine o. n. n. rechtlich möglich ist.

Nehmen wir nun an, daß in diesen Fällen nicht sofort geklagt, sondern vorher nunciirt worden sei, was würde dann bei der Ansicht, daß das Remissionsdecret ohne vorherige satisdatio ertheilt werde, das Resultat sein? Der Prätor hätte dem Unternehmer durch das Remissionsdecret ohne Caution die formelle Erlaubniß zum Bauen gegeben, bis Nunciant sein jus prohib. bewiesen hat. Dann hätte der Nunciant mit der actio

fürchtet, die Klage aus dem Interdict angestellt hat: hier kann der judex den Beklagten nicht wegen facere contra edictum verurtheilen, aber er legt ihm diese Caution auf. Einen solchen Fall enthält l. 2. §. 18. ne qu. in loco publ.: si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio judicis continetur, uti caveatur non fieri; auch die l. 15. h. t. sagt wenigstens nicht ausdrücklich, daß nach dem Erlaß des prätorischen Interdicts bereits eine Contravention vorgekommen war.

confessoria — dies zunächst einmal angenommen[13]) — geklagt ‚jus vicino non esse aedes altius tollere‘: in diesem Proceß muß der Unternehmer als Beklagter die cautio judic. solvi leisten, und leistet er sie nicht, dann erfolgt Vertauschung der Parteirollen in der Weise, daß der Prätor dem Beklagten verbietet weiterzubauen, bis er sein jus aedificandi klagend ausführe. — Also erst würde der Prätor durch das Remissionsdecret ohne Caution den Bann aufheben und ihn lediglich für den Fall bestehen lassen, wenn Nunciant ein jus prohib. beweist; dann wenn Nunciant sein jus prohib. darthun will und Beklagter die Caution nicht leistet, nimmt der Prätor die dem Beklagten eben erst ertheilte Befugniß zurück und verbietet ihm nun zu bauen, bis er sein jus aedificandi beweist, ein Verbot, welches doch in der That nichts anderes ist als eine Wiederherstellung des unbedingten, ohne Rücksicht auf das jus prohib. des Nuncianten wirkenden Banns der o. n. n. Da demnach der Nunciat trotz der prätorischen Remission die formelle Befugniß zum Fortbauen nur durch Leistung der Caution sich erhalten kann, und da bei der Verweigerung dieser Caution durch den Translationsbefehl ganz derselbe Zustand herbeigeführt worden wäre, der schon vorher infolge der o. n. n. bestand — nämlich das unbedingte Einhaltenmüssen ohne alle Rücksicht auf das materielle Recht —: so war es doch offenbar viel kürzer und zweckmäßiger, die Ertheilung dieser formellen Baubefugniß durch das Remissionsdecret von der vorgängigen Cautionsleistung abhängig zu machen und für den Fall der Verweigerung derselben das durch die o.

13) Vgl. unten bei Anm. 20.

n. n. ausgesprochene Bauverbot unbedingt zu bestätigen[14]), also die Remission nicht zu ertheilen[15]). Wäre das anders gewesen, hätte der Nunciat nicht im Remissionsverfahren Caution leisten müssen, so würde man dem durch einen Neubau Beeinträchtigten offenbar nur rathen können, von dem ‚beneficium praetoris' nicht Gebrauch zu machen, sondern lieber gleich die petitorische Klage anzustellen, da er mit dieser jedenfalls entweder Caution oder Sistirung erlangt[16]). —

14) Das ‚nunciatio tenet' entspricht vollständig dem ‚possessionem transferre jubeo'.

15) So erhält auch der Ausspruch in l. 7. §. 2. quod vi aut cl. „der Unternehmer sei hoc ipso, nämlich durch satisdatio possessor constitutus" einen guten Sinn: seine Beklagtenrolle steht infolge der Cautionsleistung im Remissionsverfahren fest, von einem Wechsel der Parteirollen ist nicht mehr die Rede, er darf nunmehr als possessor bauen, ohne sich einem Interdict auszusetzen. S. oben Ziff. 33.

16) Da die o. n. n. das Interesse des Nuncianten bezweckt, so kann dieser offenbar nicht infolge der o. n. n. schlechter gestellt sein als bei Anstellung der petitorischen Klage, er muß vielmehr gegenüber der letzteren ein Plus bei der o. n. n. haben. Wäre nun die Remission auf Antrag des Unternehmers ohne die bei Anstellung der petitorischen Klage zu leistenden Caution ertheilt worden, so würde die o. n. n. ein Minus zu Ungunsten des Nuncianten enthalten. Bei der Annahme hingegen, daß die Remission nicht ohne Caution ertheilt wird, gewährt die o. n. n. den Vortheil, daß der Nunciant durch dieselbe sich sofort in den Zustand versetzt, den er bei angestellter Klage und nicht geleisteter Caution erreichen würde: und dieser

Der einzige gegen unsere Ansicht etwa noch zu erhebende Einwand, daß hier im Remissionsverfahren doch noch nicht die petitorische Klage angestellt sei und darum auch die für den Fall der Klaganstellung zu leistende Caution noch nicht verlangt werden könne, würde, selbst wenn er begründet wäre, dieser Lage der Sache gegenüber kaum in's Gewicht fallen, er ist aber auch, wie bereits oben (Ziff. 54. bei Anm. 2.) gegen Stölzel nachgewiesen worden, nicht begründet, indem der Nunciant durch sein Auftreten im Remissionsverfahren und durch sein auf ein jus prohib. gestütztes Gesuch um Aufrechterhaltung der o. n. n. seine ernstliche Absicht, dieses Recht durchzuführen, nicht weniger zu erkennen giebt, als er das bei der Erbittung einer gewöhnlichen Klagformel thut: ob er dann wirklich klagen wird, weiß man mit Bestimmtheit im letzteren Fall ebensowenig wie in jenem.

Dafür, daß das aus den Grundsätzen der translatio possessionis als nothwendig und zweckmäßig Entwickelte in der That so gewesen ist, finden wir eine Bestätigung in einem kurzen Ausspruch der l. 35. §. 3. fl. l. 36. de procur. 3. 3.:

— Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, cum quis damni infecti satis vel legatorum desideret, (l. 36.) Vel in operis novi nunciatione —.

Rudorff (a. a. O. IX. S. 49.) versteht die Stelle von der außergerichtlich zu leistenden cautio ex

Zustand wird aufrecht erhalten, also die o. n. n. nicht remittirt, wenn nicht eben diese Cautionsleistung erfolgt.

o. n. n. und muß sie so verstehen, da er das Remissionsdecret ohne Caution ertheilt werden läßt. Diese Auffassung ist aber aus einem zwiefachen Grund nicht haltbar. Einmal wird außergerichtliche cautio ex o. n. n. vom Nuncianten dem Unternehmer gegenüber nicht gefordert, außer etwa wenn es sich um damnum infectum i. e. S. handelt, und da von diesem in dem ersten Beispiel speciell die Rede ist, so kann mit der o. n. n. nicht wieder die damni depell. causa, sondern nur die jur. n. conserv. c. geschehene gemeint sein. Sodann wird in dieser Stelle von einem defendere durch den Procurator gesprochen, defendere in diesem Sinn kann aber nicht die Vornahme einer außergerichtlichin Handlung bedeuten. Daher ist die Stelle nur von der im Remissionsverfahren vom Procurator des Unternehmers zu leistenden Caution zu verstehen und liefert somit einen neuen Beweis für die Nothwendigkeit der Cautionsleistung im Remissionsverfahren [17]. — Was heißt aber nun das: wenn der Procurator des Unternehmers den Nuncianten in possessionem venire patitur? Die Voraussetzung des pati in possess. venire ist in all den genannten Beispielen das Nichtleisten der betreffenden Caution [18]), und das venire in

17) Daß der defensor der Procurator des Unternehmers ist, obgleich er formell beim Remissionsantrag Impetrant ist, ergiebt sich durch die Vergleichung mit den übrigen Beispielen, wie ja auch in l. 5. §. 19. h. t. vom Procurator des Unternehmers gesagt wird, daß er partes defensoris sustinet. Daß derselbe doch noch cautio de rato leisten muß (l. 36. cit. fine), ist ganz richtig, vgl. l. 40. §. 2. eod.

18) Der Zweck der o. n. n. jur. n. cons. c. ist nicht,

possess. wird verhütet durch die Leistung der Caution. Falls also, wenn nunciirt worden ist, der Procurator des Unternehmers im Remissionsverfahren keine Caution leistet, so ist ebenso wie bei der Weigerung gegenüber der Forderung der cautio damni inf. und leg. die Folge das venire in possessionem, und dasselbe ist natürlich der Fall, wenn der dominus selbst diese Cautionen nicht leistet. Nur ist bei der o. n. n. das venire in possess. etwas anders gestaltet als beim Verlangen der c. damni inf. und legatorum. In den beiden letzteren Fällen wird dem Kläger wirklich missio in possessionem, geschützt durch actio in factum und Interdict, gegeben, da der Kläger den Besitz noch nicht hat; hingegen ist dies nicht, wie Rudorff will, auch bei der o. n. n. der Fall: hier befindet sich der Nunciant infolge seiner — jede Aenderung vor der Remissionsertheilung bei Strafe der Restitution hindernden — o. n. n. schon in dem durch interd. demol. geschützten Besitz des factischen Zustands, den er als einen rechtlichen beansprucht, und es würde ihm dieser Besitz nur dann entzogen werden, wenn der Unternehmer die cautio ex o. n. n. leistet und dadurch bewirkt, daß der Besitz d. h. der Besitz der Baubefugniß auf ihn übergeht. Es handelt sich also streng genommen bei der Nichtleistung der cautio ex o. n. n. nicht um ein venire in pos-

wie wenn quis damni infecti satis desideret vel legatorum, unmittelbar die Leistung der Caution, sondern die Sistirung: gerade die Zusammenstellung der o. n. n. mit dem Verlangen der c. d. inf. vel leg. zeigt also, daß es auch dort — und zwar, wie wir gesehen haben, vor Gericht — zur Cautionsleistung kam.

sessionem, sondern um ein manere in possessione, indem ohne Leistung der Caution der durch das interd. demol. geschützte Besitz des Nuncianten nicht aufgehoben wird. Man kann dies aber immerhin — zumal hier, wo es mit den anderen Fällen einer eigentlichen missio in possessionem zusammengestellt ist — auch ein venire in possess. pati nennen, da der Unternehmer es in der Hand hat, durch Leistung der Caution das im Besitz Bleiben zu verhindern; ja man kann auch von einem eigentlichen in possess. venire insofern sprechen, als der Nunciant infolge des Nichtleistens der Caution von Seiten des Unternehmers nun wirklich dauernd in den Besitz kommt und der Unternehmer jetzt inne halten muß, bis er sein jus aedificandi klagend geltend macht. — Es findet demnach auch dieser Stelle zufolge bei Nichtleistung der Caution im Remissionsverfahren eine translatio possessionis in der Weise statt, daß der durch die o. n. n. geschaffene Zustand ohne Rücksicht auf das materielle Recht des Nuncianten aufrecht erhalten d. h. daß ohne Caution die Remission nicht ertheilt wird[19]).

Bei dieser Argumentation aus den Grundsätzen, welche hinsichtlich der translatio possess. bei verweiger-

19) Die citirte Stelle so zu verstehen, als sei ohne Caution durch Remissionsdecret der Bann aufgehoben und dann vom Nuncianten die petitorische Klage angestellt und in diesem Proceß die c. jud. solvi verweigert worden, ist deßhalb unmöglich, weil es sich dann gar nicht mehr um die o. n. n. und ihre Folgen, sondern um den petitorischen Proceß gehandelt hätte, und dann würde natürlich das Beispiel vel in o. n. n. gar nicht passen.

ter cautio judic. solvi in einem Proceß wegen eines dinglichen Rechts gelten, sind wir davon ausgegangen, daß der Nunciant nach ertheiltem Remissionsdecret mit der petitorischen Klage, act. confess. oder negatoria auftrete[20]). Bei der Darstellung des an die Ertheilung des Remissionsdecrets sich anschließenden Verfahrens (Ziff. 57—59.) werden wir aber sehen, daß dies nicht der gewöhnliche Weg ist, in dem der Nunciant die Existenz der Bedingung für die Aufrechterhaltung der o. n. n., des jus prohibendi, feststellen läßt, sondern daß er auf Grund des Remissionsdecrets mit einer actio ex interdicto klagt. Man könnte zweifeln, ob hierauf unsere obige Argumentation paßt, ob nämlich auch auf die Klage aus einem Interdict hin vom Beklagten die cautio judicatum solvi geleistet werden muß und folglich, ob hier überhaupt eine translatio possess. vorkommt. Das Erstere wird aber durch l. 5. §. 20. und l. 7. h. t., wonach der mit dem interd. ne vis fiat aedificanti Belangte judicatum solvi satisdare muß, außer Zweifel gestellt, und das Letztere kann bei einem interdictum proprietatis causam continens, wie dieses Remissionsinterdict ist, keinem Bedenken unterliegen: denn da hier die Verpflichtung des Beklagten zur Unterlassung des Baues (in eo nunc. teneat) von dem materiellen Verhinderungsrecht des Klägers abhängig gemacht ist und der Kläger demnach bei der Klage aus dem Remissionsinterdict dieses Recht beweisen muß, so wird durch die actio ex interdicto das Recht selbst in judicium deducirt, so daß das Urtheil des judex

20) Siehe oben bei Anm. 13.

res judicata für das Recht begründet[21]). Es müssen daher auch im Uebrigen dieselben Grundsätze gelten, wie wenn statt aus dem Interdict aus dem Recht selbst geklagt würde: es müßte also auch hier der Beklagte cautio judic. solvi leisten und fände bei Verweigerung derselben translatio possess. statt.

Daß diese im Remissionsverfahren zu leistende cautio ex o. n. n. keine andere ist als die cautio judicatum solvi, ist nach dem bisher Erörterten klar. Der besondere Name erklärt sich höchst natürlich. Inwiefern die außergerichtliche cautio ex o. n. n. einen anderen Character hat, werden wir später sehen[22]).

Aus der Nothwendigkeit, daß der wegen eines jus prohib. Belangte die cautio judic. solvi leisten muß, widrigenfalls translatio possess. stattfindet, erklärt sich die Nothwendigkeit, daß der Nunciat die cautio ex o. n. n. im Remissionsverfahren leisten muß, widrigenfalls die Remission nicht ertheilt wird. Und daraus wieder erklärt sich, daß die Leistung der außergerichtlichen cautio ex o. n. n. die Stelle des Remissionsantrags und Remissionsdecrets vertritt und als ein dem Unternehmer nützliches remedium, welches die vexatio ad praetorem veniendi beseitige, bezeichnet wird. Nur die Frage könnte man noch aufwerfen: wie kommt es, daß, wenn doch im Remissionsverfahren die cautio ex o. n. n. geleistet werden muß, überhaupt noch Jemand statt außergerichtlich Caution zu leisten einen Remissionsantrag stellt und sich der vexatio ad praetorem veniendi unter-

21) Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 86 ff. und die A. 10. Citt.

22) Vgl. unten Ziff. 67.

zieht, da er ja durch jene, ohne sich einem grösseren Nachtheil auszusetzen, denselben Erfolg wie durch Erlangung des Remissionsdecrets herbeiführen kann und da Ulpian in l. un. §. 2. de rem. ausdrücklich sagt: si satisdatum est, non est necessaria remissio? Es läßt sich aber wohl ein Grund denken, der den Nunciaten trotzdem zur Stellung des Remissionsantrags bewegen kann: er kann hoffen, daß sich bei der Verhandlung in jure sofort die Unzulässigkeit der o. n. n. herausstellen und es daher gar nicht zu dem bedingten Remissionsdecret kommen werde, sondern daß nunciatio omni modo remittitur, welchen Falls er natürlich von der Leistung der cautio ex o. n. n. frei ist, während er sich doch andererseits nicht getraut, den Einspruch unberücksichtigt zu lassen und ohne Remissionsantrag weiterzubauen. Nicht unwahrscheinlich ist es übrigens auch, daß dieses remedium der außergerichtlichen Cautionsleistung erst später eingeführt worden ist, während früher nur durch das Remissionsdecret nach gerichtlicher Caution der Bann aufgehoben werden konnte, und daß darum Ulpian die außergerichtliche Caution als eine Abhilfe und nach ihrer Leistung die prätorische Remission als nicht nothwendig ausdrücklich bezeichnet.

56. c. Gegenüber diesem Beweis der Nothwendigkeit der Cautionsleistung im Remissionsverfahren ist es kaum nöthig, auf die von den Gegnern hiergegen geltend gemachten Gegengründe einzugehen. Um jedoch das von uns gefundene Resultat nach allen Seiten hin sicher zu stellen, sollen auch diese Gegengründe geprüft und widerlegt werden. Da sich von den Neueren Stölzel am lebhaftesten gegen diese Ansicht erklärt hat

und Baron (a. a. O. S. 484.) meint, daß ihre Unrichtigkeit von Stölzel unwiderleglich dargethan sei, so mögen die von ihm angeführten Gegengründe (S. 286. ff.) als Grundlage für die Widerlegung dienen.

Stölzel (S. 286. Z. 2.) sagt zunächst, es müsse, wenn die cautio ex o. n. n. die Voraussetzung der Remission sei, sehr auffallen, daß die l. un. §. 2. de remiss., statt diese Voraussetzung zu erwähnen, umgekehrt sage, nach geleisteter Caution sei die Remission überflüssig, und daß es nach l. 5. §. 17. h. t. bei geleisteter Caution so angesehen werden solle, als sei remittirt, infolge dessen dann der Nunciat sich die Unbequemlichkeit des Angehens des Prätors erspare. In ähnlicher Weise beruft sich Karlowa (S. 74.) auf die l. un. §. 2. cit.: es hätte dann nicht gesagt werden können ‚ceterum sive satisdatio interveniat sive non, remissio facta hoc tantum remittit, in quo non tenuit nunciatio.' — Bei dieser Argumentation wird übersehen, daß das sive satisdatio interveniat sive non sich gar nicht auf die Cautionsleistung im Remissionsverfahren, sondern auf die außergerichtliche Caution bezieht. Wenn man annehmen wollte, daß gerichtliche Cautionsleistung gemeint sei, so würde die Stelle sagen: „mag der Nunciat bei seinem Remissionsantrag satisdatio leisten oder nicht, so wird die Remission ertheilt, soweit als nicht der Nunciant ein jus prohib. hat"; danach würde es aber dem Nunciaten ganz frei stehen, ob er Caution leisten will oder nicht, und dann wäre nicht einzusehen, was denselben überhaupt zum Caviren bewegen sollte[23]). Außerdem würde dann

23) Daß der Nunciat den Schutz durch das interd. ne vis fiat aedificanti nicht blos im Fall der außergericht-

auch bei nicht geleisteter Caution das interd. demol. ausgeschlossen sein, und das widerspricht den oben (Ziff. 53.) erörterten Stellen, nach denen der Nunciat die formelle Baubefugniß nur nach geleisteter Caution hat. Schon aus diesen Gründen kann sich das sive satisdatio interveniat sive non blos auf die außergerichtliche Caution beziehen. Die Stelle sagt in Verbindung mit den folgenden Worten ‚plane si satisdatum est et exinde remissio facta est, non est necessaria remissio' vielmehr: mag eine Aufhebung des Banns durch Dazwischenkunft einer satisdatio d. h. außergerichtlich bewirkt worden sein, oder nicht d. h. mag infolge des prätorischen Remissionsdecrets ohne vorherige außergerichtliche satisdatio die o. n. n. remittirt sein, in beiden Fällen, auch im ersten, ist die Aufhebung doch immer nur eine materiell bedingte, in quo non tenuit nunciatio; selbstverständlich aber (plane) ist im ersten Fall, wenn außergerichtliche Caution geleistet war und infolge davon eine Aufhebung der o. n. n. herbeigeführt ist, eine Remission durch den Prätor nicht nöthig, denn durch die außergerichtliche stipulatio wird sowohl für den Unternehmer wie für den Nuncianten ganz dasselbe Resultat erreicht wie durch das Aussprechen des bedingten Remissionsdecrets: was der Unternehmer dem Nuncianten durch außergerichtliche Caution freiwillig versprochen hat — Restitution für den Fall der Existenz eines jus prohib. mit der Wirkung, daß er jetzt formell bauberechtigt ist —, das legt ihm auch der Prätor durch das Remissions-

lichen Cautionsleistung hat, werden wir im Folgenden sehen.

decret nach vorgängiger Cautionsleistung mit der gleichen Wirkung der Aufhebung des formellen Banns auf[24]).

Ein weiterer wenn auch nicht recht ausgeführter Gegengrund Stölzel's liegt in dem, was er S. 287. Z. 3. sagt: „Schmidt giebt das interd. ne vis fiat aedificanti auch nach erkannter Remission, während nach den klaren Edictsworten lediglich die Cautionsleistung dessen Voraussetzung ist". Ebenso schreibt Karlowa (S. 74. 75.) der satisdatio weiter reichende Wirkungen zu, als dem bedingten Remissionsdecret, wobei er freilich — was früher (Ziff. 51. Anm. 70. Ziff. 53. bei Anm. 97.) als unrichtig nachgewiesen worden ist — dem letztern nicht einmal die Wirkung das interd. demol. auszuschließen einräumt, während Rudorff (a. a. O. S. 147.) mit dem Remissionsdecret zwar den Ausschluß des interd. demol., nicht aber den Schutz durch das interd. ne vis f. aedif. verbunden sein läßt. — Selbst wenn letzteres wahr wäre, würde man daraus ein Argument höchstens gegen die

24) Gerade der Satz ‚plane si satisdatum est etc.' zeigt klar, daß die Worte sive satisdatio interveniat sive non etc. sich nur auf die außergerichtliche Caution beziehen können. Die remissio in jenem Satz ist die prätorische Remission, die remissio in dem Satz sive satisd. interv. etc. kann also nicht auch die prätorische Remission sein, da diese prätorische Remission bei der infolge der satisdatio eintretenden Remission überflüssig sein soll. Diese letztere Remission ist vielmehr die Remission im weitern Sinn, d. h. allgemein die Aufhebung des Banns, und wenn diese im Gegensatz zur prätorischen Remission durch satisdatio herbeigeführt wird, so muß die satisdatio nothwendig die außergerichtliche Caution sein.

Beweiskraft derjenigen Stellen entnehmen können, nach welchen die Caution als mit der Remission verbunden und zwar als etwas selbstverständliches erwähnt wird: man könnte nämlich den Grund der Verbindung der Cautionsleistung mit dem Remissionsantrag in dem Wunsch des Nunciaten, den ihm ohne Cautionsleistung nicht zustehenden Vortheil des interd. ne vis fiat aedificanti zu erlangen, finden wollen. Es wäre aber doch dann gewiß irgendwie hervorgehoben, daß eben dies der Grund sei, weßhalb es zur Cautionsleistung komme, während in den Quellen ohne jede weitere Bemerkung Remission stets als mit der Caution verbunden erwähnt wird: gerade Ulpian in l. 5. §. 17. h. t., wo er die Vortheilhaftigkeit der Cautionsleistung gegenüber dem Remissionsantrag hervorhebt, würde dann gewiß als einen Vorzug der erstern nicht blos das Ersparen der vexatio ad praetorem veniendi, sondern auch den Schutz durch dieses Interdict genannt haben. Vor Allem aber: es wäre doch im höchsten Grad auffallend, wenn mit dem prätorischen Decret, welches dem Nunciaten die formelle Baubefugniß giebt, nicht auch ein positiver Schutz verbunden wäre. Sollte der Prätor es zulassen können, daß der Nunciant ohne alle Rücksicht auf das Remissionsdecret den Nunciaten fortwährend factisch noch hindert, ohne daß dieser einen Schutz dagegen hat? Warum soll der Cavirende eher geschützt werden als der die Remission durch den Prätor Erlangende? Die Gegner haben darauf nur die Antwort: durch die Caution ist der Nunciant mehr sichergestellt. Aber fiel für den Prätor die Nichtachtung seines Befehls nicht mehr in's Gewicht, und ist nicht in l. 20. §. 10. h. t. auch auf das decus urbium Bezug genommen? Und warum

wird dann in l. 21. §. 1. h. t. auch der blose Ausschluß des interd. demol. dadurch motivirt, daß durch die Caution consultum est ei, qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo? Gegenüber derjenigen Ansicht, welche das Remissionsdecret ohne vorherige Cautionsleistung ertheilt werden läßt, könnte man allerdings — trotz aller dieser Gründe — das von Stölzel geltend gemachte Argument gegen die Zuständigkeit des interd. ne fis f. aedif. bei ertheiltem Remissionsdecret einwenden, daß nämlich nach den klaren Edictsworten in l. 20. §. 9. h. t. dieses Interdict nur demjenigen zusteht, der satisdatio geleistet hat; unsere Ansicht aber, wonach Remission nicht ohne Caution vorkommt, kann dieses Argument nicht treffen: wenn der Remissionsucher immer Caution leisten muß, so hat er auch immer das Interdict. — Nur einen Einwand könnte man hiergegen erheben, bei dessen Zurückweisung sich zugleich eine gewisse Beschränkung des eben Gesagten ergeben wird, eine Beschränkung dahin nämlich, daß nicht bei jeder Caution, sondern nur bei *satisdatio* bezüglich nur in dem Fall einer solchen o. n. n., bei welcher die Ertheilung des Remissionsdecrets von vorheriger *satisdatio* abhängig ist, das Interdict zusteht. Dieser Einwand könnte erhoben werden aus der Formel unseres Interdicts in l. 20. §. 9. h. t.:

> ‚quem in locum nunciatum est, ne quid o. n. fieret, qua de re agitur, si de ea re satisdatum est, quod ejus cautum est, aut per te stet, quominus satisdetur: quominus illi in eo loco opus facere liceat, vim fieri veto‘.

Warum hebt, könnte man sagen, der Prätor hier die Voraussetzung der Remission, die Cautionsleistung,

und nicht vielmehr die Remission selbst als Erforderniß für das Interdict hervor, wenn er gerade zur Aufrechterhaltung seines Befehls diesen Schutz geben soll? Warum sagt er dann statt ‚si de ea re satisdatum est‘ nicht lieber: si nunciatio missa est? Es hat dies jedoch auch bei der Annahme, daß das Remissionsdecret nur nach geleisteter Caution ertheilt werde, seinen guten Grund. Die Fassung ‚si nunciatio missa est‘ wäre zu weit gewesen, da nicht jede Remission das Interdict im Gefolge hat, nämlich — ganz abgesehen von den Fällen, wo nunciatio omni modo remittitur — nicht die Remission bei der o. n. n. jur. publici t. c., und dies, wie sich aus dem §. 13. der l. 20. ergiebt, deßhalb, weil permittendum non fuit in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet. Bei der o. n. n. jur. nostri conserv. c. mußte satisdatio geleistet werden, bei der jur. publ. t. c. nur repromissio: statt nun zu sagen, das Interdict stehe dann zu, wenn jur. n. conserv. c. nunciirt und darauf das bedingte Remissionsdecret gegeben sei, wurde dies kürzer und prägnanter ausgedrückt durch das, was sofort die o. n. n. jur. n. conserv. c. im Gegensatz zu der jur. publici t. c. kenntlich machte: das Interdict steht zu, wenn satisdatio geleistet ist. Der Gegensatz ist also nicht der zwischen Cautionsleistung und Remission ohne Caution, sondern von satisdatio und repromissio bezüglich von Remission bei o. n. n. jur. n. cons. c. und jur. publ. t. causa[25]). — Die oben angedeutete Be-

25) Daß durch satisdatio und repromissio diese beiden Arten der o. n. n. bezeichnet werden sollen, ergiebt sich deutlich aus dem §. 12. und 13.: wenn satisdatio

schränkung des Satzes, daß, weil vor Ertheilung eines jeden bedingten Remissionsdecrets Caution geleistet werden muß, bei jeder solchen Remission auch dieses Interdict zustehe, besteht demnach darin, daß nur bei der o. n. n. jur. n. cons. c., die sich durch die satisdatio kennzeichnet, nicht aber bei der o. n. n. jur. publ. t. c., wobei nur repromissio vorkommt, das Interdict gegeben wird. Der Grund dieser Verschiedenheit ist jedoch nicht der, daß dort satisdatio, hier repromissio geleistet wird, sondern vielmehr, weil in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet, nicht gestattet ist, und erst weil das so ist, deßhalb genügt hier schon die blose repromissio[26]). Wäre es anders und läge — wofür man sich auf den §. 11. beruft[27]) — der eigent-

geleistet ist, steht das Interdict zu, wenn blos repromittirt ist, nicht, denn *in publico* darf man nicht bauen, so lange das Recht dazu nicht feststeht. — Dabei mag bemerkt werden, daß es wohl richtiger ist, den Anfangssatz des §. 13. mit zum §. 12. zu ziehen und den §. 13. mit den Worten proinde si anfangen zu lassen. Der gleichen Ansicht ist Sintenis im deutschen corpus juris. Vgl. auch Stölzel S. 113. A.*

26) Vgl. auch unten Ziff. 60. bei Anm. 57.

27) Die Bemerkung in §. 11: nec quicquam interest, jure quis aedificet an non jure aedificet, cum sit securus is qui o. n. nunciavit, posteaquam ei cautum est, ist, wenn man den §. 13. damit vergleicht, offenbar auch von Ulpian nicht als der eigentliche Grund gemeint, sondern enthält nur eine Colorirung. Man könnte nämlich sagen wollen: wie kann der Nunciat durch ein Rechtsmittel im Bauen geschützt werden, da doch sein jus aedificandi noch gar nicht feststeht? Aber darauf, ob er mit Recht oder Unrecht baut,

liche Grund für die Zuständigkeit des Interdicts in der materiellen Sicherheit des Nuncianten, so dürfte im §. 13. nicht als Grund der Unzulässigkeit desselben angeführt sein: neque permittendum fuit in publico aedificare, sondern vielmehr der: weil der Nunciant durch repromissio nicht so sichergestellt ist wie durch satisdatio. Auch würde aus der entgegengesetzten Annahme nothwendig folgen, daß, wenn etwa der in publico Bauende dem jur. publ. t. c. Nunciirenden statt der repromissio freiwillig satisdatio leisten wollte, ihm das durch das interd. ne vis fiat aedif. geschützte Recht zum vorläufigen Fortbauen zustehen müßte, was eben wegen des im §. 13. angegebenen Grundes entschieden unrichtig ist.

Wenn Stölzel (S. 287. Z. 4.) ferner ein Gegenargument aus l. 5. §. 19. und l. 13. §. 2. h. t. ableiten will, so ist das aus der ersten Stelle entnommene — es hätte dann nicht hervorgehoben zu werden gebraucht, daß der Vertreter des Nunciaten die stipulatio de o. n. n. zu leisten habe, wenn überhaupt die Remission nur nach erfolgter Caution ertheilt werde — bereits früher widerlegt worden[28]). Was die l. 13.

kommt es, sagt Ulpian, hier gar nicht an, der Nunciant ist ja auch durch die Cautionsleistung sicher gestellt. Nicht darauf liegt das Gewicht, daß der Nunciant eine materielle Sicherheit durch Bürgen hat, sondern darauf, daß infolge der außergerichtlichen Stipulation für den Fall des materiellen Unrechts des Unternehmers der Nunciant Restitution verlangen kann, daß also die Baubefugniß nur eine provisorische und die Frage nach dem materiellen Recht damit nicht abgeschnitten ist.

28) Vgl. oben Ziff. 53. bei Anm. 94.

§. 2. cit. anbelangt, so meint Stölzel, sie stehe unserer Ansicht deßhalb entgegen, weil bei ihr der Ausspruch Julians — wonach der Prätor dafür sorgen soll, daß kein falsus procurator für den Nuncianten im Remissionsverfahren handle — unerklärlich sei: wenn nämlich die Remission nur nach Cautionsleistung zu erkennen stehe, sei der dominus, indem dem Procurator auf dessen Namen stipulirt werde, in jedem Falle gesichert, möge der Procurator ein falsus oder verus sein. Dieses Argument wäre jedoch nur dann richtig, wenn der Remissionssucher ohne Weiteres sofort bei seinem Antrag die Caution leisten müßte. Das ist aber nicht der Fall. Wir haben früher (Ziff. 52.) gesehen, daß der Nunciant und ebenso natürlich sein Vertreter den Grund der Nunciation im Remissionsverfahren angeben muß und daß, wenn ein ungenügender Grund z. B. eine servitus viae angeführt wird, nunciatio omni modo remittitur, welchenfalls von einer Cautionsleistung natürlich nicht die Rede ist. Wie leicht konnte da aber ein falsus procurator, vielleicht gerade im Einverständniß mit dem Unternehmer und von ihm zu dieser Rolle bestimmt, einen falschen und ungenügenden Grund angeben. Gegen diese Gefahr mußte der Nunciant geschützt werden und darum sollte der Prätor id agere, ne falsus procurator absenti noceat, denn das blose Leisten der cautio de rato an den Unternehmer nützte natürlich dem Nuncianten nichts.

Der letzte Grund Stölzel's (S. 288. Z. 5.) ist bereits oben[29]) widerlegt worden.

29) S. oben Ziff. 54.

57. C. Welches ist endlich — das ist die letzte der oben (Ziff. 49.) aufgeworfenen Fragen — das an das Remissionsdecret sich anschließende Verfahren, m. a. W. wie macht Nunciant die in diesem Decret ausgesprochene bedingte Aufrechterhaltung der *o. n. n.* geltend?

1) Unter den Anhängern der Ansicht, daß im Remissionsverfahren nicht über das jus prohibendi entschieden werde[30]), sind in Bezug auf das an das Remissionsdecret sich anschließende weitere Verfahren zwei Meinungen vertreten.

a. Nach der einen klagt der Nunciant nach dem Remissionsdecret mit der gewöhnlichen petitorischen Klage wegen seines jus prohibendi, also mit der actio negatoria oder confessoria. — Dabei wäre an sich eine zweifache Auffassung möglich, von denen aber in Wirklichkeit nur die eine Vertreter in der Literatur gefunden hat.

Nach Schmidt (VIII. S. 50.) und Rudorff (IV. S. 148. ff.) bleibt dem Nuncianten, wenn er sein Hinderungsrecht anerkannt und realisirt wissen will, als letztes und einziges Mittel die Klage aus seinem Recht, welche ihm in jedem Fall der Aufhebung der o. n. n. noch zustehe (l. 19. h. t.); zur Erhebung dieser Klage zwinge ihn die Nothwendigkeit, entweder den Bau gelten zu lassen oder mit der Klage aus dem Recht hervorzutreten.

30) Natürlich können diejenigen, welche im Remissionsverfahren selbst die Entscheidung über das jus prohibendi treffen lassen, ein Verfahren nach dem Remissionsdecret nicht annehmen.

Dieser Ansicht zufolge wäre durch das Remissionsdecret jede Spur der alten o. n. n. verwischt. Der Prätor hätte nur ausgesprochen: der Nunciat kann jetzt fortbauen, ohne sich dem interd. demol. auszusetzen, aber dem Nuncianten bleiben seine actiones legitimae vorbehalten. Hätte es dazu wohl eines besondern Ausspruchs des Prätors bedurft? Daß mit dem Wegfall des ohne Rücksicht auf ein jus prohib. zustehenden interd. demol. nicht auch die Klage aus dem jus prohib. genommen war, das verstand sich doch von selbst, es wäre keinem Beklagten in den Sinn gekommen, gegenüber einer actio confessoria oder negatoria sich auf die Aufhebung der o. n. n. zu berufen. Der Prätor würde dann einfach gesagt haben: nunciationem missam facio. Selbst angenommen aber, der Prätor habe eine derartige Warnung an den Nunciaten ergehen lassen, warum hätte er das dann nicht auch in dem Fall gethan, wo die Nunciation wegen eines formellen Fehlers omni modo remittitur, da doch dann die actiones legitimae nicht weniger integrae manent? Und warum hätte er das, wie wenn es die Hauptsache wäre, an die Spitze seines Decrets stellen sollen? Und vor Allem: was sollte dann mit dem ‚in eo nunciatio teneat' gemeint sein? Das heißt doch nicht, daß die actiones legitimae fortdauern, sondern daß der alte Bann der Nunciation als fortdauernd betrachtet werde, wenn ein jus prohib. existire. Das wäre aber unerklärlich, der Ausspruch ‚in eo nunciatio teneat' würde ganz bedeutungslos sein, wenn nur die petitorische Klage bliebe und jede Beziehung auf die alte o. n. n. wegfiele[31]).

31) Speciell gegenüber der Ansicht von Rudorff, der die

b. Um dieses offenbar unrichtige Resultat zu vermeiden und dem Ausspruch des Prätors zu seinem Recht zu verhelfen, könnte man zur Aufrechterhaltung der Ansicht, es müsse petitorisch geklagt werden, die Sache sich so denken wollen: der Nunciant klagt nach Ertheilung des Remissionsdecrets mit der actio confess. oder negatoria im gewöhnlichen petitorischen Proceß, und wenn in diesem sein jus prohib. festgestellt ist, dann klagt er auf Grund des für diesen Fall im Remissionsdecret ausgesprochenen tenere der o. n. n. mit dem interd. demolitorium. — Es wäre das aber eine Verschlimmbesserung. Auf der einen Seite würde man dadurch allerdings dem tenere der o. n. n. gerecht werden, auf der anderen aber zu einem Resultat gelangen, welches die zu Gunsten des Nuncianten ausgesprochene Aufrechterhaltung der o. n. n. zu nichts weniger als einem Vortheil für denselben machen würde. Wir hätten dann eine doppelte Klaganstellung und doch würde der Nun-

Remission ohne Caution ertheilt werden läßt, muß man fragen: welchen Vortheil bringt die o. n. n. dem Nuncianten, wenn sofort auf den Remissionsantrag hin jede Spur derselben vertilgt wird und der Nunciant nur petitorisch klagen kann? Es wäre doch offenbar vortheilhafter für ihn gewesen, wenn er statt zu nunciiren und dann nach Remission der o. n. n. erst zu klagen sofort petitorisch geklagt hätte, indem auf diese Klage hin der Unternehmer jedenfalls ohne vorherige cautio judic. solvi nicht bauen dürfte, oder wenn er wenigstens nach erhobenem Einspruch, ohne auf den Remissionsantrag des Gegners zu warten, sofort die petitorische Klage angestellt hätte.

ciant mit der zweiten Klage nicht mehr erreichen als er mit der ersten schon erreicht hat[32]).

Beide Ansichten, die gleichmäßig von der Geltendmachung des jus prohib. im gewöhnlichen petitorischen Proceß ausgehen, sind demnach nicht haltbar. Abgesehen von den gegen jede derselben im Einzelnen sprechenden Gründen steht dem gemeinsamen Ausgangspunct beider eine Stelle unseres Titels entgegen. Es ist dies die nach dieser Richtung bisher nicht gewürdigte l. 7. pr. h. t.:

> Et si satisdationem non dabit, summovendus erit ab executione operis novi, et actiones, quas domini nomine intendit, debent ei denegari.

32) Auf die petitorische Klage würde der judex den Beklagten, falls er nicht den dem klägerischen Recht entsprechenden Zustand freiwillig wiederherstellt, auf quanti res est condemniren: etwas anderes kann auch der judex im demolitorischen Proceß nicht aussprechen, und eine nochmalige Verurtheilung des Beklagten auf dasselbe ist natürlich nicht denkbar. Wenn man aber annehmen wollte, der Nunciant verfolge seinen Sieg im petitorischen Proceß nicht, sondern stelle auf Grund des Ausspruchs ‚in eo nunc. teneat' das interd. demol. an, so würde damit der Uebelstand für ihn verbunden sein, daß, während er im petitorischen Proceß ohne Rücksicht auf die formelle Giltigkeit der früheren o. n. n. gesiegt hat, zum Sieg im Demolitorium der Beweis der formellen Giltigkeit der o. n. n. erforderlich wäre, und damit möglicherweise der im Petitorium schon errungene Sieg wieder fraglich gemacht werden könnte, ohne daß er doch für diese Gefahr irgend einen Gewinn in Aussicht hätte.

Die Stelle spricht von der Folge, welche eintritt, wenn der mit dem interd. ne vis fiat aedific. belangte Procurator des Nuncianten — und das Gleiche gilt vom Nuncianten selbst — die nach l. 5. §. ult. eod. von ihm zu leistende cautio judic. solvi nicht leistet. Die Folge ist: summovendus est ab executione operis novi[33]) et actiones — debent denegari. Folglich wird ihm, wenn er die Caution leistet, die executio o. n. n^{is}. und die actio gestattet. Was heißt aber hier die executio o. n. n. und welches ist die actio? Es kann damit nicht wie in l. 19. h. t. das interd. demol. gemeint sein, da der das interd. ne vis fiat aedific. Anstellende die cautio ex o. n. n. geleistet haben muß und damit jenes Interdict ausgeschlossen ist. Ebenso wenig kann aber das Denegiren der executio o. n. n. und der actio sagen sollen, daß dem die c. judic. solvi verweigernden Nuncianten die petitorische actio confessoria oder negatoria nicht mehr zustehe, folglich kann die dem Nuncianten bei Leistung der Caution gestattete executio o. n. n. und actio nicht die Erhebung des petitorischen Processes bedeuten. Es ergiebt sich dies mit Nothwendigkeit aus folgender Erwägung. Das summoveri

33) Executio *operis novi* steht hier wie in l. 19. h. t. für exec. *operis novi nunciationis*. Ganz mißverstanden ist dieser Ausdruck von Wiederhold (a. a. O. S. 14.): er versteht darunter die Ausführung des Bauwerks. Daß davon in unserer Stelle, wo dem Nuncianten bzgl. dessen Procurator — der ja das Bauwerk nicht ausführen, sondern hindern will — die exec. operis novi denegirt wird, nicht die Rede sein kann, ist klar. Vgl. auch Rudorff a. a. O. S. 149. Stölzel S. 201.

ab executione o. n. n. und die denegatio actionum ist die Gestalt, welche hier die translatio possessionis annimmt. Während dann, wenn bei Anstellung einer petitorischen Klage auf Nichthinderndürfen der Beklagte die cautio judic. solvi nicht leistet, derselbe infolge der translatio possess. zur Klägerrolle gedrängt wird und demnach mit der Pflicht auch das Recht zur Anstellung der petitorischen Klage hat, soll das hier, wo der Unternehmer gegen den Nuncianten auf Nichthinderndürfen mit dem interd. ne vis fiat aedific. klagt, anders sein? Wie erklärt sich das? Die hier ebenso wie im Fall einer petitorischen Klage denkbare und nothwendige translatio possess.[34]) kann in diesem Fall nicht darin bestehen, daß der nunciator indefensus nun das dem interd. ne vis f. aedif. entgegengesetzte Rechtsmittel anstellen muß[35]). Denn wenn der Nunciat infolge des für ihn formell unbedingt wirkenden Remissionsdecrets bzgl. infolge der geleisteten cautio ex o. n. n. mit dem interd. ne vis f. aedif. auf Unterlassung der Störung klagen kann, so würde das diesem entgegengesetzte Rechtsmittel darin bestehen, daß der Nunciant aus dem die o. n. n. bedingt bestätigenden Re-

34) Rudorff (a. a. O. IX. S. 19 ff. 47 ff.) erwähnt die transl. possess. nur bei dinglichen Klagen und in Fällen, wo eine außergerichtliche Stipulation gefordert wird. Unsere Stelle zeigt aber einen neuen wenn auch etwas anders gearteten Anwendungsfall der transl. possessionis.

35) Wie das bei der petitorischen Klage der Fall ist: statt der act. negatoria des früheren Klägers muß jetzt die act. confess. vom früheren Beklagten angestellt werden, und umgekehrt.

missionsdecret bezüglich aus der bedingten Stipulation auf Hindernbürfen klagen könnte. Damit wäre aber in Wahrheit kein Nachtheil für den nunciator indefensus verbunden, denn diese durch sein jus prohib. zu begründende Klage müßte er auch dann anstellen, wenn er sich gar keiner Störung des formell bauberechtigten Unternehmers schuldig gemacht hätte, und auch dann, wenn er mit dem interd. ne vis f. aedific. belangt die cautio judic. solvi nicht leistet. Der Nachtheil der verweigerten c. jud. solvi (in l. 7. pr. cit.) kann also nicht darin bestehen, daß er zur Klägerrolle, die er vorher schon hat, gedrängt wird: wenn ihn überhaupt ein Nachtheil treffen soll, so muß es der sein, daß er sich nun auf das Remissionsdecret und die darin enthaltene Bestätigung der o. n. n. nicht stützen darf. Auf der anderen Seite kann ihm diese Verweigerung der c. jud. solvi gegenüber dem interd. ne vis fiat aedif. nicht das Recht entziehen, mit der gewöhnlichen petitorischen Klage wegen seines jus prohib. zu klagen, denn dieser Nachtheil trifft ihn nicht einmal dann, wenn er gegenüber einer petitorischen Klage des Unternehmers indefensus war, auch sagt ja l. 19. h. t. ausdrücklich, daß, wenn die executio operis novi denegirt sei, die actiones legitimae immer noch zustehen. Daraus folgt aber mit absoluter Nothwendigkeit, daß das summoveri ab executione o. n. n. und denegari actiones in l. 7. pr. cit. nicht in der denegatio der actiones legitima besteht, und daraus folgt wieder ebenso nothwendig, daß die executio o. n. n., die nach dem Remissionsdecret stattfindet, nicht in der Anstellung dieser actio legitima, der petitorischen Klage, bestehen kann. Der Weg, auf welchem der Nunciant die im Remissionsdecret

ausgesprochene bedingte Aufrechterhaltung der o. n. n. geltend macht, muß offenbar ein anderer sein.

b. Damit kommen wir auf die zweite der oben berührten Meinungen. Nach dieser ist — wenn auch nicht aus den eben entwickelten Gründen — das vom Nuncianten nach dem Remissionsdecret zu erhebende Rechtsmittel ein anderes als die petitorische Klage.

Dieses andere Rechtsmittel soll nach der Ansicht von Karlowa (S. 68. 69.) und Baron (S. 523.) das *interd. demolitorium* sein, in welchem der Nunciant den Beweis seines jus prohib. zu erbringen habe. — Gegen diese Ansicht spricht — abgesehen davon, daß weder, wie Baron will, die uns erhaltene Formel des interd. demol. zu diesem Behuf genügend ist, noch, wie Karlowa meint, neben dem Interdictsformular der l. 20. pr. h. t. noch eine andere Fassung des interd. demol. existirt hat[36]) — der Umstand, daß dies bei dem unzweifelhaft prohibitorischen Character des Remissionsinterdicts ein höchst anomales und weitläufiges, unzweckmäßiges Verfahren sein würde. Es würde sich nämlich nach dieser Ansicht die Sache so gestalten: der Prätor spricht das durch das jus prohibendi des Nuncianten bedingte Verbot des Weiterbauens aus, dann baut der Nunciat in der Ueberzeugung von der Nichtexistenz dieses jus prohib. weiter und dagegen stände dann das interd. demol. auf Restitution zu. Das heißt für die vordiocletianische Zeit: nach dieser Zuwiderhandlung gegen das prätorische Verbot stellt der Nunciant den Antrag auf Erlaß eines restitutorischen

36) Vgl. oben Ziff. 42. bei Anm. 32. Ziff. 48. A. 56. und Ziff. 48. bei Anm. 55.

Befehls an den Nunciaten und erst wenn derselbe diesem Befehl nicht nachkommt, wird mit der actio ex restitutorio interdicto geklagt und in diesem Prozeß nach Belieben des Beklagten, der ja hier die actio arbitraria erbitten kann, cum oder sine periculo verhandelt. Also statt den Nuncianten aus der Verletzung der durch das bedingte Verbot des Fortbauens begründeten Obligation die Klage ex interdicto auf Restitution des post interdictum redditum Gemachten anstellen zu lassen, will man dem Nuncianten zumuthen, daß er durch erneuten Antrag beim Prätor erst wieder eine neue Obligation begründen lasse, um dann aus der Verletzung dieser neuen Obligation auf dasjenige klagen zu können, worauf er schon aus der Verletzung der ersten Obligation klagen konnte! Ein solches Verfahren ist einfach undenkbar[37]).

Daß es beim Fortbauen vor der Remission erst noch eines besonderen Antrags auf das restitutorische interd. demol. bedarf und nicht gleich das provocare

37) Wenn es dafür noch eines Beweises bedarf, so wird derselbe durch die Fälle geliefert, in welchen restitutorische Interdicte neben prohibitorischen ex eadem causa vorkommen: die restitutorischen Interdicte beziehen sich hier immer nur auf die vor Erlaß des Interdicts vorgenommenen Handlungen, aus den prohibitorischen hingegen, deren ganze Bedeutung ja lediglich auf die Zukunft gerichtet ist, wird wegen der Contravention post interd. redditum geklagt, und wenn dieselbe in der Errichtung eines den frühern Zustand ändernden Werks besteht, so wird der Gegner infolge des prohibitorischen Interdicts zur Herstellung des früheren Zustands angehalten, nicht etwa das restitutorische Interdict angestellt Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 58 ff. S. 72. A. 57 ff.

sponsione und das Verfahren wie bei einem prohibitorischen Interdict zulässig ist, hat seinen Grund einfach darin, daß die o. n. n., wenn auch insofern mit der Wirkung eines prätorischen Verbots versehen, daß der Nunciat nicht fortbauen darf, ohne als contra edictum handelnd angesehen zu werden, doch eben nicht ein prätorisches interdictum prohibitorium ist: denn sie ist ohne vorgängiges Gehör der Parteien erlassen und es kann daher die Contravention gegen dieselbe nicht ohne Weiteres eine sofort beim judex anstellbare Klage erzeugen[38]).

58. 2) Sind danach alle diese Ansichten unhaltbar, welches ist dann das an das Remissionsdecret sich anschließende Verfahren? Kein anderes als das gewöhnliche Verfahren *ex prohibitorio interdicto*[39]). Wenn das Remissionsdecret, wie wir dies festgestellt

38) Das post o. n. n. committunt se litigatores praetoriae jurisdictioni der l. 1. §. 9. h. t. kann auch diesen Sinn haben: daß also die weitere Verfolgung der o. n. n. nicht ohne Angehen des Prätors geschehen kann. — Vgl. oben Ziff. 44. Ziff. 52. bei Anm. 84.

39) Daß man dies verkannt hat, hat seinen Grund hauptsächlich in der Verkennung des Characters des Remissionsdecrets als eines prohibitorischen Interdicts. Auffallend ist es, daß Baron, der selbst sagt, die o. n. n. sei durch den Ausspruch der bedingten Remissionsformel zu einem bedingt gefaßten Interdict, geltend vom Augenblick ihrer Einlegung an, geworden (a. a. O. S. 524.), nicht die nothwendige Consequenz hieraus für das weitere Verfahren gezogen hat. Die Gegengründe, die er vorbringt und durch die er sich die richtige Erkenntniß selbst verschlossen hat, sind, wie wir gleich im Folgenden sehen werden, durchaus unhaltbar.

haben, ein nach Gehör beider Theile erlassenes prohibitorisches Interdict ist, welches unter der Voraussetzung der Existenz eines jus prohibendi dem Nunciaten durch Verweisung auf die vom Gegner vorgenommene o. n. n. fortzubauen verbietet (in eo nunciatio teneat), so ergiebt sich das fernere Verfahren mit Nothwendigkeit von selbst. Für die Annahme, daß das Verfahren bei einer Contravention gegen dieses Interdict ein anderes sei als es in anderen Fällen prohibitorischer Interdicte stattfindet, fehlt jede Berechtigung.

So lange der Gegner nicht fortbaut, hat Nunciant keine Veranlassung, aus diesem Interdict zu klagen. Macht jener aber von der erlangten formellen Baubefugniß Gebrauch, so klagt der Nunciant wegen dieses facere contra edictum mit der actio ex prohibitorio interdicto, auf welche hin der judex die Frage zu untersuchen hat, an adversus edictum praetoris vis facta sit. Es kommt zum provocare sponsione und aus der Sponsion wird mit der actio ex stipulatu geklagt, wobei die Bedingungen des Befehls als existent zu beweisen sind.

Nur in einer schon früher hervorgehobenen Beziehung unterscheidet sich dieses Remissionsinterdict von allen anderen prohibitorischen Interdicten: daß nämlich der prätorische Befehl nicht als vom Augenblick seiner wirklichen Erlassung, sondern vom Moment des erhobenen Privateinspruchs an als erlassen gilt und infolge dieser Rückdatirung auch das vor dem Remissionsdecret, aber nach der o. n. n. Gemachte als dem prätorischen Interdict zuwider gemacht betrachtet wird und folglich auch dessen Restitution mit diesem Interdict gefordert werden kann. Natürlich könnte Nunciant wegen des vor der

Remission Gemachten das interd. demol. anstellen. Aber es läßt sich sehr wohl denken, daß, wenn vor der Remission eine Contravention gegen die o. n. n. vorgekommen ist und dann erst auf Antrag des Nunciaten das Remissionsdecret ertheilt wird, der Nunciant nicht ein besonderes restitutorisches Interdict wegen der vielleicht unbedeutenden Fortsetzung vor der Remission anstellt und dann wieder wegen des nach der Remission Gemachten aus dem prohibitorischen Interdict klagt, sondern daß er nun die Sache gleich definitiv und auf einmal zum Abschluß bringen will und daher sich lediglich auf das Remissionsdecret stützt und durch den Beweis seines jus prohib. zugleich das vor wie das nach der Remission Gemachte als widerrechtlich gemacht darstellt; in diesem Falle kommt es dann bei seinem Sieg zur Restitution alles dessen, was nach der o. n. n. gebaut ist.

Es sind nunmehr noch die Gründe zu widerlegen, die Baron (S. 524.) gegen das von uns angenommene Verfahren vorbringt. Das gewöhnliche Verfahren bei Verletzung eines prohibitorischen Interdicts soll deßhalb hier nicht stattfinden, „weil Sponsionen ungeeignet und unmöglich sind.“ Warum unmöglich? „Weil die Remission nicht mit den Worten exhibeas, restituas, vim fieri veto schloß.“ Aber das Remissionsdecret sagte: in eo nunciatio teneat und da der Nunciant bei der o. n. n. ausgesprochen hatte: o. n. nuncio ne quid operis novi fiat, so war der Ausspruch nunciatio teneat nur eine Wiederholung dieses Verbots in anderer Fassung, die sich aus der Rückdatirung dieses prätorischen Verbots (ne quid o. n. fiat veto) auf den Zeitpunct

der erhobenen o. n. n. erklärt[40]). — Und warum ungeeignet? „Weil das Interdict in zwei Acten enthalten war, in der Nunciation und der Remissionsformel, die Sponsionen also auf beide hätten gerichtet werden müssen, was, da sie sich zum Theil widersprachen, nicht gut anging.“ Aber wir haben gesehen, daß das Remissionsdecret ein einheitlicher Ausspruch ist, der das bis dahin unbedingt wirkende Privatverbot in ein von der Bedingung des jus prohib. abhängiges prätorisches Verbot verwandelt, so daß also infolge davon das unbedingte Privatverbot aufgehoben ist, und wenn es sich nun bei einer weiteren Contravention darum handelt, aus diesem bedingten Interdict zu klagen, so richten sich die dabei vorkommenden Sponsionen lediglich darauf, an contra edictum praetoris vis facta sit, ob also der Beklagte gegen dieses bedingte prätorische Verbot gehandelt hat: von zwei Acten, auf welche sich die Sponsionen gerichtet hätten, ist also gar nicht die Rede.

Das Remissionsinterdict hat aber — gerade infolge des Ausspruchs ‚in eo nunc. teneat‘ und der darin liegenden Rückbeziehung auf den Zeitpunct der eingelegten o. n. n. — noch eine Eigenthümlichkeit, die es freilich mit manchen anderen Interdicten (z. B. dem interd. de itinere reficiendo) theilt. Das tenere der o. n. n. äußert sich nicht blos in der für den Nuncianten vortheilhaften Beziehung, daß alles seit der o. n. n. Gemachte restituirt werden muß, sondern auch insofern, daß der Nunciant, wenn er mit diesem Interdict siegen will, außer der Existenz der materiellen Bedingung, des jus prohibendi, auch die Giltigkeit der o. n. n. in for-

40) Vgl. oben Ziff. 50.

meller Beziehung nachweisen muß[41]). Denn wenn der Prätor sagt: in eo nunc. teneat, so heißt das natürlich nur, daß die formell giltige Nunciation für den Fall einer wirklich materiellen Berechtigung des Nuncianten bestehen bleiben solle, nicht aber will er die formell ungiltige Nunciation aufrecht erhalten und für giltig erklären[42]). Das Remissionsdecret hat demnach neben der materiellen Voraussetzung des jus prohib. noch die formelle Voraussetzung einer allen formellen Erfordernissen entsprechenden o. n. n., und die Untersuchung des judex bei Prüfung der durch die Sponsionsklage vor ihn gebrachten Frage, an contra edictum praetoris vis facta sit, hat sich auf diese beiden Voraussetzungen gleichmäßig zu richten: nur dann, wenn beide Voraussetzungen in judicio bewiesen waren, konnte der Beklagte condemnirt werden. War der Beweis des jus prohib. mißlungen, so mußte selbstverständlich Absolution des Beklagten erfolgen, da das Interdict von dieser Voraussetzung ausdrücklich abhängig gemacht war. Aber auch dann, wenn etwas an den formellen Erfor-

41) Hingegen ist dieses Remissionsinterdict hinsichtlich seiner Dauer nicht, wie die Wirkung der o. n. n. ohne Bestätigung durch den Prätor, an die Zeit eines Jahres gebunden. Insofern liegt ein gewöhnliches prätorisches Interdict vor, welches sich, solange keine Contravention vorkommt, in zeitlicher Beziehung keine Schranke setzt. Vgl. Schmidt Interdictenverf. S. 249. 250.

42) Eine Untersuchung in jure wird ja darüber nicht angestellt (s. oben Ziff. 52. bei Anm. 86.); nur wenn die formellen Voraussetzungen in jure durch Zugeständniß oder sonstwie feststanden, richtete sich die Prüfung des judex lediglich auf das jus prohibendi.

vermissen der Nunciation fehlte, konnte die stipulatio des Beklagten nicht als committirt angesehen werden, da dann ein vim facere contra edictum, eine Contravention gegen das von der formellen Giltigkeit der Nunciation durch den Ausspruch ‚in eo nunc. teneat‘ sich abhängig machende Verbot des Prätors nicht vorlag[43]).

Dabei entsteht ein Zweifel. Für den Fall nämlich, daß zwar das jus prohibendi, nicht aber die formelle Giltigkeit der o. n. n. bewiesen war, konnte, wie gesagt, der judex in diesem Interdictsproceß den Beklagten nicht condemniren. Nicht einmal die Anerkennung des jus prohib. stand ihm in einem solchen Fall zu: er würde damit die Grenzen des ihm ertheilten Befehls überschritten haben. Und selbst wenn man annimmt, daß der judex zunächst die Frage nach den formellen Voraussetzungen der o. n. n. untersuchte und bei deren Nichtvorhandensein über das jus prohib. gar nicht verhandelt wurde, so bleibt doch immer noch das Bedenken: kann dann der Nunciant sein jus prohib. noch im petitorischen Proceß geltend machen, nachdem es einmal bei Gelegenheit des Remissionsinterdicts in judicium deducirt worden ist? Steht der petitorischen

43) Das ist das, was Baron und Karlowa meinen, wenn sie — von der Annahme eines interd. demol. nach dem Remissionsdecret ausgehend — sagen, dieses Verfahren sei das zweckmäßigste, indem dabei die o. n. n. nach allen Seiten hin zur Erörterung gebracht werde. — Es ist das aber, wie diese Ausführung zeigt, bei der Annahme eines prohibitorischen Interdicts und eines demselben entsprechenden Verfahrens nicht weniger der Fall

Klage dann nicht die processualische Consumtion entgegen? Wie dieser offenbar ungerechte Nachtheil vom Kläger abgewandt wurde, ist nach den Quellen nicht ersichtlich. Möglich, daß hier wie in anderen Fällen durch eine praescriptio pro actore geholfen wurde, um dem Nachtheil, den die reine formula nach sich ziehen konnte, vorzubeugen. Jedenfalls beschränkt sich diese Frage nicht auf das Remissionsinterdict: ganz derselbe Zweifel entsteht bei dem interd. de itinere reficiendo, bei welchem der Kläger neben dem Servitutrecht auch das hoc anno usum esse beweisen muß (l. 3. §. 13. de itin. 43. 19.).

Gegenüber der petitorischen Klage wegen des jus prohib. enthält also die Klage aus dem Remissionsinterdict eine Mehrvoraussetzung: Beweis der formellen Giltigkeit der o. n. n. Warum bürdet sich der Nunciant diesen Mehrbeweis auf? Erlangt er nicht mit der petitorischen Klage dasselbe, nämlich Verurtheilung des Beklagten auf quanti res est nisi restituat?[44]). Diese

44) Dieselbe Frage ist aber auch wieder für das interd. de itin. refic. aufzuwerfen: warum klagt der Impetrant, wenn der Gegner sich dem Interdict nicht fügt, nicht lieber mit der actio confessoria, wobei er nur seine Servitut zu beweisen hat, statt bei der Klage aus dem Interdict auch noch den Beweis des hoc anno usum esse zu übernehmen? Vielleicht hat der Interdictsproceß, außer dem im Folgenden anzuführenden, noch den Vortheil, daß wie in l. 2. §. 18. ne qu. in loco p. dem Beklagten die cautio non fieri resp. non prohiberi für die Zukunft aufgelegt wird, woraus dann, ohne daß ein neues Interdict impetrirt zu werden braucht, die Klage bei jeder neuen Contravention zusteht. Vgl. oben Ziff. 54. bei Anm. 11. und 12.

Frage erscheint noch gerechtfertigter, wenn man folgende Möglichkeit bedenkt. Für den Fall, daß der Nunciat um Remission bittet und der Nunciant daraus dessen Absicht, dem Verbot sich nicht zu fügen, ersieht, kann der letztere offenbar unter Verzichtleistung auf die o. n. n. gleich die petitorische Klage ediren; darauf folgt dann das gewöhnliche bei Anstellung einer solchen Klage stattfindende Verfahren: der Unternehmer muß jetzt bei Strafe der translatio possessionis die cautio judic. solvi leisten. Leistete er dieselbe, so war damit die ganze o. n. n. beseitigt, der Kläger hatte ja dann erreicht, was er wollte: das Sistiren des Unternehmers, bis die Frage nach der Berechtigung zum Bauen in den Proceßweg eingeleitet und er, der Nunciant, in Bezug auf die Realisirung des Judiciums sichergestellt war. Wenn nun der Nunciant von dieser Möglichkeit, sofort die petitorische Klage anzustellen und die o. n. n. fallen zu lassen, nicht Gebrauch machte, sondern es zum Remissionsdecret kommen ließ und dann bei der Klage aus diesem Decret noch den Mehrbeweis der formellen Giltigkeit der o. n. n. übernahm, so muß er dabei offenbar einen Vortheil gehabt haben. Welches war dieser Vortheil? Unzweifelhaft derselbe, der den Servitutberechtigten das interdictum de itin. refic. der actio confessoria vorziehen ließ. Und das war — außer der in Anmerkung 44. berührten Möglichkeit — kein anderer als der, daß beim Sieg im Verfahren ex prohibitorio interdicto, welches ja in der classischen Zeit nothwendig ein agere cum poena war, der Kläger außer der Restitution bzgl. Verurtheilung auf quanti res est auch noch die Condemnation des Beklagten auf die Sponsionssumme erzielte. Dieser Vortheil war

immerhin bedeutend genug, um den seiner Sache sichern Kläger diesen Weg vorziehen und weder die erhöhte Last des Beweises noch die damit verbundene restipulatio scheuen zu lassen[45]).

§. 1673 a.

b. Remission bei der o. n. n. damni depellendi und juris publici tuendi causa.

59. Bisher ist nur von der Remission bei der o. n. n. jur. nostri conserv. c. die Rede gewesen. Es fragt sich, ob dieselbe auch bei den beiden anderen Arten der Nunciation vorkommt und wie sich eventuell das Verfahren dabei gestaltet.

Unzweifelhaft bezieht sich das Remissionsformular in l. un. pr. de rem. nur auf die o. n. n. wegen eines jus prohibendi. Da aber der Titel 43. 25. die Rubrik de remissionibus hat und in l. 1. §. 1. eod. gesagt wird: sub hoc titulo remissiones proponuntur, so ist ebenso unzweifelhaft, daß die bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. vorkommende Remission,

45) Die o. n. n. bietet also gegenüber der sofortigen Erhebung der petitorischen Klage dem Nuncianten in beiden Stadien einen Vortheil: vor der Remission liegt derselbe in der unbedingten Sistirungspflicht, nach der Remission in der Möglichkeit des Verfahrens ex prohibitorio interdicto. — Der erste dieser Vortheile besteht noch in der spätern Zeit, der andere ist schon seitdem auch bei prohibitorischen Interdicten um die actio arbitraria gebeten werden konnte, verschwunden. Darüber wie sich überhaupt das Verfahren in der Zeit nach Diocletian gestaltet hat, vgl. unten §. 1674.

wenn auch der hauptsächliche und wichtigste, doch nicht der einzige Fall der Remission ist[46]).

Für das Vorkommen der Remission bei der o. n. n. *jur. publ. t. c.* haben wir nun — neben den Stellen, die das Surrogat der Remission, die repromissio, gerade für diese Nunciation erwähnen — ein ausdrückliches Zeugniß in l. 5. §. 19. h. t., wo von dem im Remissionsverfahren für den Nunciaten auftretenden Procurator satisdatio verlangt wird sive ad privatum sive ad publicum jus ea remissio pertinet[47]). Darüber aber, ob es bei der o. n. n. *damni depell. c.* eine Remission giebt, ist Streit[48]).

Sowohl bei der Erörterung dieser letztern Frage als bei der Untersuchung darüber, wie bei der o. n. n. jur. publ. t. c. das Verfahren sich gestaltet und welches

46) Denkbar wäre es an sich, daß sich der Plural auf die beiden Fälle der Remission, die bedingte und die unbedingte, beziehe. Gewiß hat aber, wie Schmidt (a. a. O. IV. S. 221. 222.) gegenüber Rudorff (das. S. 138.) bemerkt, nicht neben dem bedingten auch ein unbedingtes Remissionsformular im Edict gestanden, da letzteres nur in den Worten nunciationem missam facio bestehend ebensowenig einen besondern Platz im Edict gefunden haben wird, wie bei den einzelnen Interdicten die verschiedenen Modificationen, deren sie fähig waren.

47) Die von Stölzel S. 190. noch angeführte l. 5. §. 17. h. t. hat nur dann eine Beweiskraft, wenn feststeht, daß bei der o. n. n. damni depell. c. keine Remission vorkommt.

48) Rudorff (a. a. O. IV. S. 138.) und Hesse (Einspruchsrecht S. 143.) nehmen eine solche an, Stölzel S. 190. leugnet sie.

dabei die Bedeutung des Remissionsausspruchs ist, muß festgehalten werden, daß das Remissionsdecret, von welchem wir allein genauere Kenntniß haben, bei der o. n. n. jur. n. conserv. c., in einer bedingten Aufrechterhaltung der Nunciation besteht, bedingt deßhalb, weil der Prätor über die Existenz des jus prohib. nicht selbst entscheidet.

1) Was zunächst die o. n. n. *damni depell. c.* betrifft, so motivirt Stölzel seine Ansicht, daß eine Remission hier nicht vorkomme, in folgender Weise.

Es handle sich hier nur darum, ob ein genügender Grund zur Forderung der cautio damni infecti vorliege; fehle dieser Grund, so müsse außer der Leistung der Caution ein Mittel für den Nunciaten existiren, den durch die o. n. n. ihm aufgelegten Bann zu lösen. Dieses Mittel werde durch die Verpflichtung des Cautionsimpetranten zur Leistung des juramentum calumniae an die Hand gegeben. Erscheine der zu diesem Behuf vom Nunciaten zu citirende Eidespflichtige nicht in jure oder verweigere er die Eidesleistung, so erlösche die o. n. n., werde aber der geforderte Eid geleistet, so erfolge Verhandlung und Erkenntniß über das Begründetsein des Cautionsanspruchs. Der Unterschied zwischen dem Fall, wo vermittelst o. n. n., und dem, wo ohne dieselbe durch Antrag beim Prätor die cautio damni infecti begehrt werde, sei nur der, daß dort der Unternehmer, hier der Cautionsimpetrant, die Veranlassung zum Ausspruch des Prätors über die Cautionspflicht gebe, und daß dort der Unternehmer bis zu diesem Ausspruch sistiren müsse, hier hingegen mit der Fortsetzung des Werks nicht innegehalten zu werden brauche. Werde nun nach geleistetem juram. calumniae der Anspruch für begründet erachtet, so werde der Cautionsbefehl er-

lassen und bei Ungehorsam des Nunciaten missio ex primo, eventuell ex secundo decreto ertheilt; daneben wirke aber die o. n. n. insofern fort, als sie die Vollendung des opus hindere, indem sie durch den Cautionsbefehl für tenent erklärt sei, wie sie durch ein Denegiren dieses Befehls für remittirt erklärt sein würde. Ein weiteres Remissionsverfahren mit einem besonderen Specialbefehl des Prätors neben seinem Befehl satisdare jubeo oder non jubeo wäre vollständig überflüssig, m. a. W. es gebe bei der o. n. n. damni depellendi c. keine Remission.

Gegenüber diesen Ausführungen Stölzels ist Folgendes zu bemerken. Es kommt vor Allem darauf an, was man unter Remission versteht. Bestimmt man diesen Begriff lediglich nach der bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. stattfindenden Remission, so kann allerdings von einer solchen Remission hier bei der o. n. n. damni depell. c. nicht die Rede sein; wenn man aber, wie man das muß, darunter versteht, daß der bisherige durch die einseitige o. n. n. geschaffene Zustand, dessen Aufrechterhaltung durch das materiell bedingungslose interd. demol. geltend gemacht werden kann, wieder beseitigt wird und an seine Stelle ein nach vorgängigem Gehör der Parteien durch den Prätor geschaffener Zustand tritt, so giebt es auch hier eine wirkliche Remission. Der Unterschied des Remissionsverfahrens bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. und bei der damni depell. c. ist lediglich der, daß im ersten Fall die Untersuchung über die Existenz des Nunciationsgrundes, des jus prohibendi, vom Prätor dem judex überlassen wird und daß daher sein Remissionsdecret hypothetisch lautet, d. h. daß er dem Nunciaten zwar die formelle Befugniß zum

Fortbauen giebt, die Entscheidung der Frage aber, ob das materiell ein recte aedificare sei, dem judicium überweist und deßhalb die o. n. n. bedingt aufrechterhält, während bei der o. n. n. damni depell. c. der Prätor selbst die causae cognitio über die Existenz des Nunciationsgrundes, das Begründetsein des Anspruchs auf cautio damni infecti, vornimmt und deßhalb sein Ausspruch über Bestätigung oder Aufhebung der o. n. n. ein unbedingter, die Sache sofort definitiv erledigender ist.

Unzweifelhaft braucht der Nunciat nicht sofort die cautio damni infecti zu leisten; daß aber, wie Stölzel meint, das andere Mittel zur Lösung des Banns durch die Verpflichtung des Cautionsimpetranten zur Leistung des juram. calumniae gegeben werde, ist mindestens ungenau ausgedrückt. Vielmehr liegt hier die Sache zunächst nicht anders als bei jeder andern Nunciation. Der Nunciat stellt auch hier — in vielen Fällen weiß er ja gar nicht, aus welchem Grunde nunciirt ist — den Remissionsantrag. Vor dem Prätor hat der Nunciant die causa nunciandi anzugeben. Besteht diese in dem vermeintlichen Anspruch auf die cautio damni infecti, so ist im Princip das Verfahren dasselbe wie bei der Nunciation wegen eines jus prohibendi. Stellt sich sofort in jure die Nunciation wegen eines formellen Mangels als fehlerhaft und ungenügend dar, so wird auch hier nunciatio omni modo remittirt. Zeigt sich aber ein solcher Mangel nicht, dann untersucht der Prätor wie bei einem Antrag auf Leistung der c. damni inf. ohne o. n. n., ob der Anspruch begründet ist, und dazu ist allerdings die erste Voraussetzung die Ableistung des juram. calumniae von Seiten des Nuncianten. Wird dieser Eid nicht geschworen oder wird er zwar geschworen,

aber der Anspruch auf die Caution nicht anerkannt, dann wird natürlich weder ein Cautionsbefehl noch die Aufrechterhaltung der o. n. n. ausgesprochen. Mit der Aberkennung des Cautionsanspruchs ist nun freilich von selbst die bis dahin bestehende Wirkung der o. n. n. aufgehoben, aber sicherlich wurde die Aufhebung der Nunciation, wenn auch nur mit den Worten ‚nunc.^em missam facio' noch besonders ausgesprochen. Denn wenn dies sogar in dem auf die o. n. n. jur. n. conserv. c. bezüglichen Remissionsformular geschieht, wo doch diese Aufhebung schon aus der vorausgehenden bedingten Bestätigung der Nunciation von selbst folgt, so sprach der Prätor gewiß das ‚nunciationem missam facio' um so mehr hier aus, wo die Entscheidung über das Recht c. damni inf. zu fordern eine ganz selbständige war, die eine ausdrückliche Beziehung auf die o. n. n. gar nicht enthielt. Und ebenso erfolgte gewiß im entgegengesetzten Fall, wenn der Anspruch auf die c. damni inf. für begründet erachtet wurde, neben dem Befehl satisdare jubeo ein besonderer auf die o. n. n. sich beziehender Ausspruch: nunciatio teneat, der nur hier, wo die Bedingung für die Bestätigung der Nunciation schon feststand, nicht erst wieder von dieser Bedingung abhängig gemacht werden konnte [49]).

49) Insofern besteht ein Unterschied zwischen dem Fall, wo mit und dem, wo ohne o. n. n. die Caution verlangt wird: im letzteren erfolgt einfach Zurückweisung des Antrags oder Cautionsbefehl, im ersteren aber kann der Ausspruch des Prätors, mag er sich dem Ansuchen des Cautionsimpetranten fügen oder nicht, die die Veranlassung des ganzen Verfahrens bildende o. n. n. nicht unberücksichtigt lassen.

Wohl aber muß man annehmen, daß hier für das tenere der o. n. n. eine andere, nämlich eine resolutive Bedingung gesetzt wurde. Wäre ohne o. n. n. der Antrag auf c. damni inf. gestellt und dem entsprechend der Befehl satisdare jubeo erlassen worden, so würde bei Ungehorsam des Beklagten missio in possessionem verfügt worden sein. War aber eine o. n. n. vorausgegangen und diese für tenent erklärt, so lag die Sache so. So lange der Zweck der o. n. n., Erlangung der c. damni infecti, nicht erreicht ist, bindet der Ausspruch ‚nunciatio teneat' den Nunciaten in der Weise, daß er beim Fortbauen sich dem interd. demol. aussetzt; mit der Leistung der c. damni inf. hat aber Nunciant seinen Zweck erreicht und der Bann kann nun nicht länger fortbestehen. Darauf muß der Prätor bei seinem Ausspruch Rücksicht nehmen und er wird daher dem Befehl ‚nunciatio teneat' die Resolutivbedingung „wenn nicht die geforderte c. damni infecti geleistet wird" zufügen, so daß, wenn das interd. demol. wegen des Weiterbauens nach geleisteter Caution angestellt wird, der Unternehmer auf Grund dieser Resolutivbedingung eine Einrede vorschützen kann[50]).

Hiernach ist die Behauptung Stölzel's, daß ein besonderer Specialbefehl neben dem Befehl satisdare jubeo oder non jubeo überflüssig sei und daß es daher hier keine Remission gebe, unbegründet. Daß sich in den Quellen keine besondere Hervorhebung dieses Remissionsverfahrens findet, erklärt sich einfach daraus, daß

50) Darüber, ob neben dem Zwang durch das tenere der o. n. n. noch missio in possessionem zulässig ist, vgl. Ziff. 29. bei Anm. 11 a.

als der eine besondere Besprechung allein nöthig machende Hauptfall doch immer die o. n. n. jur. n. conserv. c. erschien. Das Verfahren bei der o. n. n. damni depell. c. ergab sich aus den im Titel 39. 2. erörterten Grundsätzen von selbst[51]).

Bis jetzt haben wir den Fall vorausgesetzt, daß nur damni depell. c. nunciirt worden ist. Es kann aber auch mit dieser Nunciation eine Nunciation jur. n. conserv. c. verbunden sein[52]). Wenn sich dies im Remissionsverfahren herausstellt, so wird über beide Nunciationsgründe, über jeden in Gemäßheit seiner eigenthümlichen Natur, verhandelt. Erweisen sich beide als begründet, so muß neben der Caution wegen des jus prohibendi, von deren Leistung die Ertheilung des bedingten Remissionsdecrets abhängt, auch noch die c. damni infecti geleistet werden: durch jene ist ja nur Restitution für den Fall der Existenz eines jus prohibendi, nicht auch zugleich Ersatz für den durch Einsturz drohenden Schaden versprochen[53]). Leistet Nunciat beide

51) Daß das interd. ne vis fiat aedificanti dem die cautio damni infecti Leistenden nicht zusteht, s. oben Ziff. 30. bei Anm. 12.

52) Vgl. darüber oben Ziff. 28. bei Anm. 7.

53) Dies wird bezeugt durch l. 13. §. 10. de d. inf. 39. 2., die allerdings wohl nur den Fall einer jur. n. cons. c. geschehenen Nunciation und darauf hin erfolgten cautio ex o. n. n. und eines danach beim Prätor gestellten Antrags auf c. damni inf. im Auge hat: si quis o. n. nunciaverit, an nihilo minus damni infecti ei caveri debeat? — Caveri deberi — quia non est cautum neque de vitio aedium neque de damno operis.

Cautionen, dann wird einfach das bedingte Remissionsdecret der l. un. pr. de rem. gegeben; leistet er nur die c. damni infecti, dann bleibt die Nunciation bedingungslos bestehen und Nunciant klagt bei Fortsetzung des opus mit dem interd. demolitorium, ohne sein jus prohib. beweisen zu müssen; leistet er hingegen die cautio ex o. n. n. i. e. S., nicht aber die c. damni infecti, dann decretirt der Prätor zwar auch: quod jus sit illi prohibere, in eo nunciatio teneat, aber den Schlußpassus ceterum nunciationem missam facio kann er hier nur bedingt aussprechen, nämlich „falls die c. damni infecti geleistet wird,“ so daß also bei einem Fortbauen vor Leistung der c. damni inf. doch das interd. demol. ohne Beweis des jus prohib. angestellt werden kann und der Nunciant erst dann, wenn ihm wegen des damnum infectum cavirt worden, auf das Remissionsinterdict, mit dem er nur bei Beweis des jus prohib. siegt, angewiesen ist.

60. 2. Darüber, daß bei der o. n. n. *jur. publici t. c.* eine remissio vorkommt, ist nach l. 5. §. 19. h. t. kein Zweifel. Wie sich aber das Remissionsverfahren hier gestaltet, ist weniger sicher. Eine nähere Erörterung dieser Frage findet sich nur bei Stölzel (S. 189. ff.) und Hesse (Einspr.-Recht S. 144.).

Nach Stölzel lautet hier die Formel des Remissionsausspruchs: ‚si quid contra leges edictave principum . . . vel in sacro vel in loco relig. etc. fiat, nunc. teneat, ceterum nunc. missam facio‘. Wie bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. der Unternehmer verlangen könne, daß der Nunciant die Voraussetzung seiner angemaßten Klage erweise, so könne er hier verlangen,

daß der Nunciant die Voraussetzung seines angemaßten interd. ne quid in loco publ. etc. darthue. Die Remission in diesem Sinn habe nun für die o. n. n. jur. publ. t. c. eine wesentliche Bedeutung, denn die repromissio schütze zwar vor dem interd. demolitorium, nicht aber vor dem interd. ne quid in loco publ. etc.: wenn repromissio geleistet, darauf weiter gebaut und dann das interd. ne quid in loco sacro etc. ausgewirkt und der Beweis, daß der Nunciat widerrechtlich in loco sacro etc. gebaut habe, geführt worden sei, müsse trotz der repromissio restituirt werden. Um seiner Sache gewiß zu sein, thue daher der Nunciat besser, durch einen Remissionsantrag den Nuncianten alsbald zum Nachweis des Nunciationsgrunds, d. h. der Eigenschaft des Baues als eines widerrechtlichen in loco sacro etc. zu veranlassen: ergebe sich dann, daß es sich um einen Bau in privato handle, so brauche er das interd. ne quid in loco sacro etc. nicht mehr zu fürchten und werde daneben frei von der Verpflichtung zu repromittiren, indem die zu erkennende Remission auch ein etwaiges interd. demol. ausschließe.

Diese Ausführung leidet an eigenthümlichen Widersprüchen. Zunächst muß man, wenn man Stölzel gerecht werden will, festhalten, daß nach seiner Ansicht das Remissionsverfahren auch bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. in einer Entscheidung über den Nunciationsgrund besteht. Wie er bei dieser im Remissionsverfahren über das jus prohib. die Entscheidung treffen läßt, so hier bei der o. n. n. jur. publ. t. c. über die Voraussetzung des interd. ne quid in loco sacro, über die Eigenschaft des Orts als eines locus sacer etc. Wie paßt aber dazu die von Stölzel construirte Formel, nach

welcher der Ausspruch des Prätors nur ein bedingter ist? Es wäre doch dann in der That das interd. ne quid in loco sacro selbst entschieden, denn bei diesem handelt es sich eben nur darum, ob der Ort, wo der Bau vorgenommen wird, ein locus sacer ist oder nicht, und es ist dann mindestens ungenau zu sagen, der Nunciat brauche das interd. ne quid in loco sacro nicht mehr zu fürchten. Auch ist es quellenwidrig, wenn Stölzel der Remission eine größere Wirkung zuschreibt als der repromissio, denn da l. 5. §. 17. h. t. sagt ‚si satisdederit *repromiseritve*, perinde est ac si nunciatio omissa esset' und daß dieses ‚remedium utilitatem habet, nam remittit vexationem ad praetorem veniendi et desiderandi ut missa fieret nunciatio', so steht die repromissio in ihrer Wirkung der Remission ganz gleich. Ebenso falsch ist es, die repromissio als das prius zu betrachten, neben der dann die Remission noch von wesentlicher Bedeutung sei, und von einer Pflicht zur repromissio zu sprechen, von der die Remission befreie: vielmehr ist die repromissio ein beneficium für den Nunciaten, indem sie die Remission vertritt. — Vor Allem aber ist es, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird, unrichtig, den Remissionsausspruch des Prätors als eine definitive Erledigung der Sache zu betrachten.

Etwas näher kommt Hesse der Wahrheit, obgleich auch ihm die volle Erkenntniß fehlt. Er läßt eine Lösung des Banns durch den Prätor aus einem doppelten Grund stattfinden: einmal, wenn sich sofort in jure herausstelle, daß weder ein Privatnachtheil noch eine Verhinderung des öffentlichen Gebrauchs durch das opus novum begründet werde, und sodann, wenn der Nunciat die Bauerlaubniß sofort nachweisen könne. Wenn hin-

gegen noch ein Zweifel über den einen oder andern Punct gewesen sei, so sei die Inhibition bestehen geblieben und die Sache in das Verfahren über das betreffende Interdict (ne quid in loco publ. etc.) übergeleitet und somit definitiv entschieden worden; denn beim Bauen in publico fielen die Gegensätze von Besitz und Recht, Provisorium und Petitorium weg: nur wer ein Recht nachweise, dürfe bauen; darum äußere sich hier die Remission in definitiver Weise und es schließe sich im andern Fall das Verfahren darüber, quo jure quis aedificet, unmittelbar an und es wirke dem entsprechend die Caution hier kein interd. ne vis fiat aedificanti.

Auch diese Darstellung erfaßt nicht das Wesen und die Bedeutung der bei der o. n. n. jur. publ. t. c. stattfindenden Remission. Um dieses Wesen zu ermitteln, empfiehlt es sich, die verschiedenen Fälle dieser Nunciation auseinanderzuhalten, und zwar zunächst den Fall, der dem *interd. ne quid in loco publ.* entspricht, den übrigen Fällen gegenüberzustellen.

a) Bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. besteht, sahen wir, das Wesen des Remissionsdecrets in der Umwandlung des unbedingt wirkenden Privatverbots in ein bedingtes prätorisches Interdict und die Bedingung für dieses ist die Existenz des Nunciationsgrundes, des jus prohibendi, indem der Prätor nicht selbst eine Untersuchung darüber vornimmt. Das kann bei einem Remissionsantrag wegen einer o. n. n. damni depell. c. deßhalb nicht vorkommen, weil hier der Prätor selbst causa cognita über den Nunciationsgrund entscheidet und damit die Nunciation unbedingt entweder für tenent oder für nicht tenent erklärt. Wie gestaltet sich das bei der o. n. n. jur. publ. t. causa? Der Nunciations-

grund war hier das Bauen in loco publico und der Anspruch des Nunciantcn auf das interd. ne quid in loco publ. fiat. Kam hier eine Umwandlung des unbedingt wirkenden Privatverbots in ein bedingtes prätorisches Interdict vor? Dieses Interdict wäre kein anderes gewesen als eben das interd. ne quid in loco publico. Und so ist es in der That.

Es entsteht hier eine doppelte Frage: was war der Vortheil der o. n. n. in diesen Fällen, quibus ex causis et interdicta proponuntur und speciell in dem Fall, wo das interd. ne quid in l. publ. zustand, und was war sodann der Vortheil des Remissionsantrags für den Nunciaten? Die erste Frage beantwortet sich einfach. Der Vortheil war gerade beim interd. ne quid in loco publ. ein sehr großer, da dieses lediglich prohibitorisch, nicht restitutorisch ist (l. 2. pr. §. 1. 17. D. 43. 8.): gegenüber der Impetrirung des Interdicts beim Prätor — die wegen des Erfordernisses der Anwesenheit des Impetraten in jure sich möglicherweise längere Zeit hinausschiebt, während welcher das opus fortgesetzt werden kann, ohne daß wegen des bereits Gemachten ein Anspruch auf Restitution begründet ist — erscheint die sofort und einseitig vorzunehmende Inhibition durch o. n. n. gewissermaßen als ein unerläßliches Surrogat dieses mangelhaften Interdictenschutzes, indem bei Contravention gegen die o. n. n. das restitutorische interd. demol. zusteht.

Die zweite Frage, was der Vortheil des Remissionsantrags für den Nunciaten ist, hängt mit der Frage zusammen, welche Bedeutung dem Remissionsausspruch des Prätors beizulegen ist. Wenn in jure der Nun-

ciant als Grund der Nunciation das Bauen in loco publ. angiebt und der Unternehmer einfach die Eigenschaft des betreffenden Orts als eines publicus leugnet und dieser Punct nicht sofort in jure klar gestellt werden kann, so hat die Verwandlung des Privatverbots in der That keine andere Bedeutung, als daß das bis dahin fehlende Gehör der Parteien nachgeholt wird: der Prätor kann nur aussprechen „wenn der betreffende Ort wirklich ein locus publ. ist, dann soll die o. n. n. dich binden" und das ist nichts anderes als der Ausspruch des prohibitorischen interd. ne quid in loco publ. fiat. Mit einer Modification, die aber freilich nur eine theoretische ist. Indem nämlich der Prätor unter dieser Bedingung die alte o. n. n. für tenent erklärt, wird das prätorische Verbot rückdatirt auf den Zeitpunct der eingelegten o. n. n.: soll der Nunciant aus diesem Decret siegen, so muß er eventuell auch die formellen Voraussetzungen der o. n. n. beweisen. Das ist ein Nachtheil für ihn, der durch keinen Vortheil aufgewogen wird: die Rückdatirung nützt ihm in diesem Fall, wo der Nunciat sich auf das Leugnen der Eigenschaft des Orts als eines publicus beschränkt, gar nichts. Denn hat der Nunciat vor dem Remissionsantrag gebaut, so geht gegen ihn ohne Weiteres das interd. demolitorium; hat er aber vor jeder Contravention den Remissionsantrag gestellt, so gewährt das gewöhnliche interd. ne quid in loco publ. dem Nuncianten ganz denselben Schutz. Daher wird im letztern Fall der Nunciant erklären, daß er auf die o. n. n. verzichte, und das interd. ne quid in l. publ. impetriren: er hat ja mit der o. n. n. erreicht, was er bezweckte, und erspart sich durch den Verzicht den ganz nutzlosen Beweis, daß die formellen Voraus-

setzungen der o. n. n. in Ordnung seien[54]). — Auf der anderen Seite ist aber in diesem Fall der Remissionsantrag für den Nunciaten ganz überflüssig und nutzlos: denn wenn auch die Umwandlung des Privatverbots in das interd. ne quid in l. publ. erfolgt, so ist doch damit — anders als bei der o. n. n. jur. n. cons. c. — der Sieg des Nuncianten nicht von mehr Voraussetzungen abhängig gemacht als für das interd. demol. bestehen, da ja bei einer o. n. n. jur. publ. t. c. der Nunciat im demolitorischen Proceß nur dann unterliegt, wenn es wirklich ein locus publ. ist, auf dem er gebaut hat. Daher braucht der Nunciat, wenn er über die Nichtpublicität des Ortes sicher ist, gar keinen Remissionsantrag zu stellen, sondern kann ruhig fortbauen: das interd. demol. gefährdet ihn nicht mehr als das interd. ne quid in l. publico.

Warum stellt dann aber überhaupt der Nunciat einen Remissionsantrag? Der Grund wird ersichtlich, wenn wir das Formular des interd. ne quid in loco publ. in l. 2. pr. D. 43. 8. betrachten. Es lautet:

‚Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damni detur, praeterquam quod lege senatusconsulto edicto decretove principum tibi concessum est.'

Das Bauen in loco publico ist nicht unbedingt verboten, es kann die Befugniß dazu durch specielle

54) Der Vortheil, den das Remissionsinterdict bei der o. n. n. jur. n. cons. c. im Gegensatz zur entsprechenden petitorischen Klage giebt — das agere cum poena — war hier auch ohne die o. n. n. und ohne das tenere der Nunciation vorhanden. Ebenso der andere oben (Ziff. 58. Anm. 44.) erwähnte Vortheil.

Concession erworben werden. Und nun ist die Bedeutung des Remissionsantrags und Remissionsverfahrens klar. Wenn der Unternehmer blos die Eigenschaft des Ortes als locus publ. leugnen will, dann bedarf er keiner Remission: wenn er jedoch diese Eigenschaft einräumen muß, aber dennoch infolge einer besonderen Concession bauberechtigt zu sein behauptet, dann muß er den Prätor um Remission angehen und die Verwandlung des unbedingt wirkenden Privatverbots, welches ihn ohne Rücksicht auf ein etwaiges jus aedificandi bindet, in das prätorische interd. ne quid in l. publico, welches das behauptete jus aedificandi aufnimmt und für den Fall der Concession eine Ausnahme von dem Verbot macht, beantragen. In diesem Fall ist die Remission für ihn von Vortheil: ohne dieselbe haftet er dem interd. demolitorium, nach der Remission unterliegt er nur, wenn er seine Concession zum Bauen nicht beweisen kann.

Es läuft also dieses Remissionsdecret ganz parallel dem bei der o. n. n. jur. n. cons. c. ertheilten. Wie es bei letzterem heißt: ‚quod jus sit illi prohibere, ne *se invito* fiat, in eo nunc. teneat‘, so lautet der Ausspruch hier: ‚si quid in loco publ. facias, *praeterquam quod lege etc. tibi concessum est*, in eo nunc. teneat.‘ In beiden Fällen wird jetzt auf das materielle Recht Rücksicht genommen und die Verurtheilung des Beklagten davon abhängig gemacht, nur mit dem Unterschied, daß bei der o. n. n. jur. n. cons. c. der Nunciant zunächst sein materielles Recht und dann der Beklagte sein jus aedificandi als Einrede zu beweisen hat, während bei der o. n. n. jur. publ. t. c. vom Nuncianten blos das, was auch beim interd. de-

mol. dargethan werden müßte, nämlich die Eigenschaft des Ortes als eines publicus, zu beweisen ist und nur dem Beklagten der Beweis seines materiellen Rechts obliegt.

Erstreckt sich aber diese Gleichheit so weit, daß wie bei der o. n. n. jur. n. cons. c. nicht vor Leistung der satisdatio so hier nicht vor der repromissio die Remission ertheilt wird? Die Verpflichtung zur Leistung der satisdatio vor dem Remissionsdecret hat, wie wir gesehen haben, ihren Grund darin, daß bei der Klage aus dem Recht, welches die Voraussetzung für die Aufrechterhaltung der o. n. n. bildet, aus dem jus prohibendi, doch die cautio judic. solvi geleistet werden müßte und daß die unbedingte Aufrechterhaltung der o. n. n. im Fall der Weigerung der Cautionsleistung nur eine Form der translatio possessionis ist. Für Beantwortung unserer Frage ist daher der Umstand entscheidend, ob, wenn das interd. ne quid in l. publ. ohne vorgängige o. n. n. impetrirt wird, der Impetrat die c. judic. solvi zu leisten hat, wie er es bei Anstellung der actio confessoria oder negatoria muß: ist diese Frage zu verneinen, dann ist auch kein Grund vorhanden, bei vorausgegangener o. n. n. die Umwandlung in das prätorische Interdict von vorheriger Cautionsleistung abhängig zu machen. Nun ist aber eine derartige Cautionspflicht bei dem interd. ne quid in l. publ. und ähnlichen nicht nur nirgends bezeugt, sondern auch nicht denkbar; denn, wie auch Hesse (a. a. O. S. 145. 150.) richtig bemerkt, einen Gegensatz zwischen Recht und Besitz giebt es hier nicht, der Nunciant kann hier nicht, wie bei der Nunciation und Klage wegen des jus prohib., dem Unternehmer den Besitz und die Baubefugniß ein-

räumen. Worin sollte hier die transl. possess. bei verweigerter Caution bestehen? Bei der o. n. n. jur. n. cons. c. besteht sie in dem tenere der o. n. n. und der Pflicht des Unternehmers sein jus aedific. zu beweisen, diese Pflicht liegt aber hier auch bei ertheiltem Remissionsdecret, bei der Umwandlung in das die exceptio des jus aedific. enthaltenden interd. ne quid in l. publico, dem Unternehmer ob. Und warum sollte, wenn die Caution hätte geleistet werden müssen, dieselbe in einer blosen repromissio bestehen, da doch für die c. judic. solvi stets satisdatio erforderlich ist? Und was hätte der Unternehmer mit der Caution erreicht, da doch permittendum non fuit in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet? — Demnach ist die repromissio nicht Voraussetzung für Ertheilung des Remissionsdecrets bzgl. für Verwandlung der o. n. n. in das interd. ne quid in l. publ. fiat [55]).

Daß der Unternehmer dennoch außer durch Remission auch durch repromissio den Bann lösen kann, erklärt sich sehr einfach. Nachdem einmal bei der o. n. n. jur. n. cons. c. die außergerichtliche Cautionsleistung der prätorischen Remission gleichgestellt war aus dem Grund, weil doch auch beim Remissionsantrag dieselbe Caution geleistet werden mußte, wandte man das auch auf die o. n. n. jur. publ. t. c. an, ohne daß hier

55) Daß dem gegenüber der Ausspruch in l. 8. §. 3. h. t.: quodsi nunciavero tibi, ne quid contra leges in publico facias, repromittere debebis kein Argument für das Gegentheil ist, bedarf kaum einer besonderen Ausführung. Aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden und dem folgenden §. ergiebt sich, daß hier nur von der außergerichtlichen Cautionsleistung die Rede ist.

derselbe Grund vorgelegen hätte d. h. ohne daß auch hier vor Ertheilung des Remissionsdecrets die repromissio hätte geleistet werden müssen. Offenbar lag diese Gleichstellung der außergerichtlichen repromissio, wodurch beide Theile dasselbe wie bei der Remission erreichten, mit der Remission sehr nahe. Wie der Prätor den Bann der o. n. n. löste durch die Remission und die Ertheilung des interd. ne quid in l. publico, so löste ihn der Nunciat durch das Versprechen der Restitution für den Fall, daß er in publico baue, ohne durch specielle Concession dazu berechtigt zu sein. — Daß man hierfür blos eine repromissio verlangte, hat seinen Grund darin, daß der Nunciat damit nichts erlangte als eben die Aufhebung des durch die o. n. n. bewirkten Banns, die Beseitigung des auf das materielle Recht gar keine Rücksicht nehmenden interd. demolitorium, nicht auch einen rechtlichen Schutz für die Zwischenzeit durch interd. ne vis f. aedificanti, oder auch, wie es Paulus in l. 8. §. 3. h. t. motivirt, quia alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor repromissione contentus esse debeo, d. h. weil der Nunciant über das fremde Recht so zu verfügen und dem Unternehmer die formelle Baubefugniß einzuräumen gar nicht im Stande ist. Nichts anderes als dies will der Ausspruch in l. 20. §. 13. h. t. sagen: permittendum non fuit in publico aedificare, priusquam appareat quo jure quis aedificet. Es kann damit nicht ein absolutes Verbotensein des Bauens in publico vor dem Beweis der Berechtigung dazu gemeint sein, so daß der Unternehmer blos deßhalb weil es ein Bauen in publico ist, stets zur Destruction genöthigt werden könnte: denn dann würde ja die Re-

mission und Repromission keinen Sinn haben. Nach der Aufhebung der o. n. n. durch Remission oder repromissio kann der Unternehmer nur dann unterliegen, wenn er gegenüber dem Beweis des Ortes als eines öffentlichen den Beweis der speciellen Concession zu diesem Bau zu erbringen nicht im Stande ist. Es ergiebt sich das auch aus l. 8. §. 3. h. t., wonach das unbedingte abstinere oportere dem Unternehmer nur so lange obliegt, bis er entweder repromittirt oder Remission erlangt hat. Aber — das will nun Ulpian bei seinen Erörterungen über das interd. ne vis f. aedific. in l. 20. §. 13. cit. sagen — mit der Aufhebung dieser Pflicht zu abstiniren ist hier nicht eine rechtlich geschützte Befugniß zum Fortbauen gegeben, mit der Ausschließung des interd. demol. ist das Recht zum Bauen noch nicht anerkannt[56]); das interd. ne vis f. aedif. steht ihm hier sowenig zu, wie wenn sofort das interd. ne quid in l. publ. impetrirt wäre: auch wenn der Unternehmer statt repromissio satisdatio zu leisten bereit wäre, auch wenn der Gegner es ihm mit oder ohne Cautionsleistung gestatten wollte, würde er doch

56) Allerdings steht auch bei der auf die o. n. n. jur. n. cons. c. hier erfolgenden Remission und satisdatio dieses Recht nicht fest, aber das ist ebenso bei Anstellung der petitorischen Klage: auch bei dieser erlangt der Beklagte durch Leistung der c. judic. solvi ein vorläufiges formell geschütztes Recht, indem er in den den Besitz während des Processes gesetzt wird und damit in der Zwischenzeit loco domini ist; und nur dann, wenn es sich durch das Urtheil herausstellt, daß er in Wahrheit ein jus aedific. nicht habe, wird ihm die bisher gewährte und geschützte Befugniß entzogen.

dieses Recht nicht erhalten, da eben der Nunciant über den locus publicus nicht so verfügen kann, wie über sein Privateigenthum. Eines rechtlichen Schutzes genießt der in publico Bauende nur dann, wenn sein Recht dazu nachgewiesen ist[57]).

b) Neben diesem allgemeinen lediglich prohibitorischen interd. ne quid in loco publ. giebt es noch specielle Interdicte zum Gebrauch der *via publica*, des *flumen publ.* und der *ripa fluminis* und zwar sowohl prohibitorische wie restitutorische[58]). Eine Einrede wie jenes enthalten die betreffenden Formulare nicht; wohl aber sind im Edict besondere Interdicte de via publ. et itinere publ. refic. und de ripa munienda proponirt[59]) und es könnte scheinen, als ob diese den obigen Interdicten gegenüber sich materiell als Einreden von derselben Bedeutung wie die ‚praeterquam quod lege etc. concessum erit' beim interd. ne quid in loco publ. characterisirten. Es ist das aber nicht der Fall.

Wenn nämlich gegen den in via publ. oder in flumine publ. Bauenden das interd. ne quid in via publ. oder in flum. publ. fiat eingeleitet wird, so kann der Impetrat dem gegenüber erwidern, daß er die Refection des Wegs oder die Befestigung des Ufers mit seinem Bau bezwecke, und um Schutz in dieser Thätigkeit durch Erlaß des betreffenden Interdicts bitten. Auf den ersten Blick scheinen die beiden Interdicte sich zu

57) Vgl. oben Ziff. 56. bei Anm. 26.

58) L. 2. §. 20. 35. D. 43. 8. l. 1. pr. §. 19. D. 43. 12. l. 1. pr. §. 11. D. 43. 13.

59) L. 1. pr. D. 43. 11. l. 1. pr. D. 43. 15.

widersprechen. Sie können aber doch sehr wohl neben einander bestehen, indem die Voraussetzung des früher oder gleichzeitig erlassenen Interdicts an den Bauenden — nämlich quo ea via idve iter deterius sit — dem von dem Bauenden impetrirten Interdict zum Schutz im Bau als Beschränkung inserirt wird: dumne ea via idve iter deterius fiat. — Die Voraussetzung für die Wirksamkeit der zur Verhinderung des opus erhobenen o. n. n. ist nun wie beim interd. ne quid in via publ. etc. fiat die, daß durch das opus novum wirklich der Gebrauch gehindert und der Weg verschlechtert wird: liegt diese Voraussetzung nicht vor, dann unterliegt, ist sie vorhanden, dann siegt der Nunciant im demolitorischen Proceß. Was wirkt nun hier die Remission? Absolut nichts. Da die Voraussetzung für den Sieg mit dem interd. ne quid in via publ. fiat keine größere ist als für den Sieg im demolitorischen Proceß, so gewährt dem Nunciaten die Verwandlung des Privatverbots in das prätorische Interdict keinen Nutzen. Und wenn der Nunciat im Remissionsverfahren sagt, er habe den Bau ripae muniendae oder itineris reficiendi causa unternommen, so erwächst ihm daraus doch keine Einrede, welche die Verurtheilung aus dem Interdict ausschlösse. Vielmehr wird er, selbst wenn ihm der Prätor auf Grund dieses Vorbringens das Interdict zum Schutz im Bauen gewährt hat, doch unterliegen müssen, sobald die Voraussetzung des gegnerischen Interdicts, die Verschlechterung des Wegs u. s. w. vom Nuncianten bewiesen ist, indem in diesem Fall das von der Nichtverschlechterung des Wegs abhängige Bauschutzinterdict nicht zusteht. Kann aber der Nunciant diese Voraussetzung nicht beweisen, so ist ohne-

dies ein Unterliegen des Bauenden nicht denkbar: es bedarf zu diesem Zweck keines Remissionsantrags und nur den Vortheil hat der Nunciat von dem im Remissionsverfahren seinerseits impetrirten Interdict, daß er sich nun mit demselben gegen weitere factische Störungen schützen kann.

Der Vortheil der o. n. n. besteht also hier in der sofortigen Sistirung ohne Angehen des Prätors und hier wie in den Fällen, wo das generelle interd. ne quid in loco publ. begründet ist, wird der Nunciant, wenn wirklich ein Remissionsantrag gestellt würde, auf seine o. n. n., nachdem er seinen Zweck mit ihr erreicht hat, verzichten und das prätorische Interdict impetriren. Eine eigentlich wirksame Remission, in der Bedeutung wie bei der o. n. n. jur. n. conserv. c. und wie bei der dem generellen interd. ne quid in loco publ. entsprechenden Nunciation — daß das Remissionsinterdict auf das materielle Recht Rücksicht nimmt und mehr Voraussetzungen aufstellt als das interd. demol. hat — kommt hier nicht vor.

Ganz dasselbe gilt von dem Interdict zum Schutz des *locus sacer*. Auch hier giebt es keine Remission, denn beim interd. ne quid in loco sacro ist nicht mehr zu beweisen als beim interd. demolitorium: in beiden Fällen hat der Kläger den Beweis zu erbringen, daß in loco sacro gebaut werde, und es giebt nicht eine Einrede des Rechts zu diesem Bau[60]).

60) Die l. 1. §. 2. ne qu. in l. sacro 43. 6., wonach das Interdict ausgeschlossen ist, wenn etwas ornamenti und nicht deformitatis vel incommodi causa fit, enthält keine exceptio, sondern eine einfache Voraussetzung des Interdicts, die ebenso beim interd. demol. vorhanden sein muß.

Beim *locus religiosus* läßt sich eine dem interd. ne quid in loco relig. fiat inserirte Einrede denken auf Grund eines jus sepulcri (l. 1. §. 5. de mort. infer. 11. 8.), und insofern kann eine Remission vorkommen, die für den Unternehmer von Nutzen ist. —

Aus der Betrachtung der verschiedenen Fälle der Remission ergiebt sich, daß ein wirklich neues Interdict nur das Remissionsinterdict der o. n. n. jur. n. conserv. c. ist, und darum ist im T. D. 43. 25. auch nur von ihm allein die Rede. Die anderen Fälle der Remission enthalten nur Modificationen bereits bestehender Interdicte, die einer besonderen Aufnahme im Edict nicht bedurften.

§. 1673 b.

2. Cautio ex operis novi nunciatione.

a. Grundsätze der Caution im Allgemeinen — Gegenstand des Versprechens — Bedingungen des Verfalls.

61. 1. Dem principalen Aufhebungsgrund der o. n. n., der prätorischen Remission, ist die außergerichtliche Cautionsleistung gleichgestellt worden. In Bezug auf diese cautio ex o. n. n. oder stipulatio de o. n. n. herrscht nicht weniger Streit als über die prätorische Remission, deren Surrogat sie ist.

Der eigentliche Streit betrifft freilich nur die cautio ex o. n. n. jur. n. conserv. c. und diese haben auch die Quellen vorzugsweise im Auge[61]). Zwar hat

61) Die Hauptstelle über unsere Caution, die l. 21. h. t., spricht von der c. ex o. n. n jur. n. conserv. causa.

bei allen Arten der o. n. n. die Cautionsleistung die Wirkung, daß der bisher bestehende rein formelle Bann und die Zuständigkeit des interd. demol. beseitigt wird, im Uebrigen aber besteht eine große Verschiedenheit zwischen den einzelnen Fällen.

Vor Allem scheidet sich in dieser Beziehung die o. n. n. *damni depell. c.* von den beiden anderen. Bei ihr ist die Inhibition des Baues nur Mittel zum Zweck: mit Ableistung der c. damni infecti ist der Zweck dieser Nunciation erreicht und damit die Nunciation gänzlich erloschen. Von einem restituere des opus ist nicht mehr die Rede, sondern nur noch von einer actio ex stipulatu auf Ersatz für den Fall wirklich eingetretenen Schadens. Der Nunciat, der statt Remission zu beantragen außergerichtlich die c. damni infecti leistet, verzichtet damit auf Erörterung der Frage, ob er cautionspflichtig sei, es läßt sich daher nicht sagen, daß die außergerichtliche Caution eine utilitas für ihn enthalte. Da aber der Zweck der o. n. n. damni depell. c. lediglich Erlangung einer nova actio für den Fall eintretenden Schadens ist, so hat die hier geleistete Caution auch keine andere Wirkung als für den Nuncianten diese Klage zu begründen, für den Unternehmer das Verbot des Bauens aufzuheben, nicht aber erhält letzterer das interd. ne vis fiat aedificanti[62]).

Bei der o. n. n. *jur. n. cons. c.* und *jur. publ. t. c.* hingegen soll durch die Caution Sicherung für den Erfolg einer schon vorher begründeten Klage gegeben werden, m. a. W., die Caution ist hier nicht wie dort eine stipulatio praetoria cautionalis, sondern judicialis (l. 1.

62) S. oben Ziff. 30. bei Anm. 12.

§. 1. 2. de stip. praet. 46. 5). Das Versprechen des Caventen ist hier auf dasjenige gerichtet, worauf auch die ohne die Caution zustehende Klage geht, nämlich auf restituere des opus, und die Voraussetzung, unter welcher der Cavent sich verpflichtet, ist wie dort das Verhinderungsrecht des Nuncianten und das materielle Unrecht des Bauenden. — Im Uebrigen bestehen aber zwischen der cautio ex o. n. n. jur. n. cons. c. und jur. publ. t. c. Unterschiede. Zunächst der, daß es sich bei der letzteren in der Person des Nuncianten um keine weitere Voraussetzung handelt, als daß der Ort, wo das opus vorgenommen wird, ein locus publicus, sacer etc. ist, indem hieraus allein schon sein Verhinderungsrecht hervorgeht — eine Voraussetzung, die ganz ebenso beim interd. demol. bewiesen werden muß — und daß nur in manchen Fällen dem Beklagten, anders als beim interd. demol., die Einrede eines jus aedificandi gestattet ist[63]), während bei der cautio ex o. n. n. jur. n. cons. c. gerade das materielle jus prohibendi, Eigenthum oder Servitut, die Voraussetzung für den Verfall der Caution bildet und diese Voraussetzung, abweichend vom interd. demolitorium, vom Nuncianten bewiesen werden muß[64]). Ein fernerer wichtiger Unterschied ist der, daß der Cavent lediglich bei der o. n. n. jur. n. cons. c. durch ein besonderes interd. ne vis f. aedif. im Fortbauen bis zum Beweis des jus prohib. Seitens des Nuncianten geschützt ist, während ihm dieses Rechtsmittel bei der o. n. n. jur. publ. t. c. ebensowenig wie bei der Nunciation d. depell. c. zusteht. Und damit hängt, wie wir früher gesehen

63) Vgl. oben Ziff. 60.

64) Vgl. oben Ziff. 49 ff. Ziff. 57 ff.

haben, die weitere Verschiedenheit zusammen, daß dort satisdatio, hier nur repromissio zu leisten ist[65]).

Da nun die Grundsätze der cautio ex o. n. n. damni depell. c. sich einfach nach den bei der c. damni infecti geltenden bestimmen, die der cautio ex o. n. n. jur. publ. t. c. aber der Hauptsache nach durch das hier und oben bei der Remission Gesagte erschöpft sind, so bleibt im Folgenden nur noch die unzweifelhaft wichtigste, die cautio ex o. n. n. jur. n. cons. causa, zu besprechen.

Von dieser Caution wird — wenn wir zunächst von den Wirkungen derselben absehen — gesagt, daß sie eine satisdatio sein müsse (l. 8. §. 2. h. t.); daß sie zu den stipulationes praetoriae, quae propter judicium interponuntur, ut ratum fiat, gehöre wie die c. judic. solvi (l. 1. §. 1. de stip. praet. 46. 5.), daß sie aber nicht wie die letztere incertam quantitatem, sondern rei restitutionem continet (l. 2. eod.); daß sie, wenn mehrere Nunciaten da sind, blos von einem geleistet zu werden brauche, quia restitutio operis pro parte fieri non possit (l. 21. §. 5. h. t.); daß, wenn mehrere Personen nunciirt haben, zunächst auf Leistung der Caution an einen von ihnen hingewirkt werden solle, für den Fall der Nichteinigung der Nuncianten aber jedem einzelnen cavirt werden müsse (l. 21. §. 6. h. t.); daß die Bedingung des Verfalls die sei, si res judicata fuerit aut res non defendatur und daß auch de dolo malo clausula subjicitur (l. 21. §. 2. h. t.); daß für den Fall, si res judicetur sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut viri

65) Vgl. Ziff. 60. bei Anm. 57.

boni arbitratu res restituatur (l. 21. §. 4. h. t.); daß in die Stipulation eine bestimmte Frist aufgenommen wird in der Weise, daß nach Ablauf derselben der Cavent aus der Stipulation nicht mehr belangt werden kann, dafür aber auch nicht mehr des Schutzes durch interd. ne vis f. aedif. genießt (l. 13. §. 1. l. 20. §. 9. 10. 14. h. t.); und endlich, daß vom Caventen heredis mentio fit d. h. auch für die Erben mit garantirt wird (l. 8. §. 7. h. t.). Der wirklichen Cautionsleistung soll das gehörige Offeriren und die Nichtannahme derselben gleichstehen (l. 20. §. 5. h. t).

62. Was nun die Wirkungen der Cautionsleistung anbetrifft, so müssen vor Allem die allgemeine Wirkung hinsichtlich des durch die o. n. n. geschaffenen Banns und die speciellen Wirkungen einerseits für den Caventen, andererseits für den Nuncianten unterschieden werden.

Jene allgemeine Wirkung wird prägnant durch den Ausspruch der l. 5. §. 17. h. t. bezeichnet: perinde est ac si o. n. n. omissa (= missa) esset. Die Caution ist der prätorischen Remission vollständig gleich und ist loco, vice remissionis (l. 20. §. 1. 4. h. t.), die Sache ist dann in ea causa ut remitti deberet (l. 20. pr. h. t.): nach der Cautionsleistung müßte auch der Prätor die Remission aussprechen, aber die prätorische Remission ist dann nicht nöthig (l. un. §. 2. de rem.). Wenn also die Caution der prätorischen Remission gleichsteht, so ist ihre Wirkung die, daß der bis dahin bestehende formelle von einem materiellen Verhinderungsrecht ganz unabhängige Bann aufgehoben

und folglich das bei einer Contravention vor Caution oder Remission zustehende interd. demol. ausgeschlossen ist[66]).

Mit dieser allgemeinen rechtvernichtenden Wirkung, welche die Cautionsleistung auch bei den beiden andern Arten der Nunciation im Gefolge hat, ist aber die Bedeutung der cautio ex o. n. n. jur. n. cons. c. nicht erschöpft. Sie ist hier auch rechtschaffend und zwar zunächst auf Seiten des Caventen. Dieser ist jetzt, wenigstens formell und provisorisch, berechtigt ungestört fortzubauen, der durch die Caution wegen Restitution sichergestellte Nunciant soll nun vor Nachweis seines materiellen Rechts auch nicht factisch den Caventen hindern, weder durch neuen Einspruch noch durch thätliche Eingriffe. Wie vorher der Nunciant durch seine o. n. n. den Besitz des Verhinderungsrechts erlangt bezüglich sich denselben erhalten hatte und in diesem Besitz durch das interd. demol. geschützt wurde, so ist jetzt der Nunciat durch die Cautionsleistung in den Besitz der Baubefugniß gekommen und wird in diesem durch das *interd. ne vis fiat aedif.* geschützt[67]). — Klagberechtigt bei diesem Interdict[68]) ist derjenige, in Bezug auf dessen

66) Darüber, daß die Caution wie die Remission den Bann ipso jure aufhebt, s. oben Ziff. 42.

67) Vgl. oben Ziff. 33.

68) Die Formel desselben ist in l. 20. §. 9. h. t. enthalten. — Daß das Interdict nur bei der cautio ex. o. n. n. jur. n. conserv. c., nicht auch damni depell. c. und jur. publ. t. c. begründet ist, ist früher erörtert worden (Ziff. 30. bei Anm. 12. und Ziff. 60. bei Anm. 57). Die Nichtannahme der gehörig offerirten Caution steht der Cautionsleistung gleich; wäh-

opus die Caution geleistet bezüglich offerirt ist, sei es vom Nunciaten selbst oder von einem Andern für ihn. Das Interdict ist prohibitorisch, gegen Verhinderung in der Ausübung der durch die Caution erlangten Baubefugniß gerichtet, auf ein materielles jus aedificandi des Klägers kommt es nicht an (l. 20. §. 10. 11. h. t.). Das Interdict steht auch post annum und auch heredi ceterisque successoribus zu (l. 20. §. 16. h. t.)[69]). — Was die Person des **Beklagten** anbelangt, so könnte es nach dem Satz, daß is qui satisdedit hoc ipso possessor constitutus est (l. 7. §. 2. quod vi) und nach dem Ausspruch Ulpian's in l. 20. §. 10. h. t. ‚hoc interdictum prohibitorium est, ne *quis* prohibeat facere volentem‘ scheinen, als ob der Cavent gegen jeden Dritten, der ihn am Bauen hindert, das Interdict ge-

rend aber diese Gleichstellung in Bezug auf die rechtvernichtende Wirkung, die Beseitigung des Banns, eine vollkommene ist, ist sie es in Bezug auf die Zuständigkeit dieses Interdicts nur dann, wenn die Weigerung eine fortdauernde ist: ist der Nunciant später zur Annahme bereit, während jetzt der Unternehmer nicht caviren will, so setzt sich letzterer zwar nicht dem interd. demol. aus (s. oben Ziff. 42. i. Anf.), hat aber nicht den Schutz durch unser Interdict (per te *stat* quominus *satisdetur*): — si aliquando stetit per nunciatorem, quominus satisdetur, nunc non stat, interdictum cessat l. 20. §. 15. h. t. — Mit Erlöschen der Caution, also insbesondere durch Ablauf der Frist, für welche sie bestellt ist, erlischt das Interdict: si satisdatum sit, cautum tamen non perseveret, cessat interdictum l. 20. §. 14. h. t.

69) Ueber die Lesart hoc interdictum cessat (statt etiam) post annum vgl. Stölzel S. 113.

brauchen könne. Das wird denn auch von Manchen behauptet[70]). Jedoch mit Unrecht. Das possessor Werden bezieht sich nur auf die Stellung des Caventen gegenüber dem Nuncianten: der Nunciant verliert den durch die o. n. n. erlangten Besitz der Verhinderungsbefugniß durch die Cautionsleistung und es geht nunmehr die Baubefugniß auf den Caventen über, wogegen der Nunciant ein Recht aus der Caution erwirbt; Dritte aber, die durch die Caution kein Recht erwerben, können durch dieselbe auch nicht ein Recht verlieren und in ihrer rechtlichen Stellung nicht beeinträchtigt werden. Daß auch aus dem allgemein lautenden ne *quis* proh. fac. vol. kein Beweis zu entnehmen ist, ergiebt sich — abgesehen davon, daß auch sonst in den Interdictsformeln der Ausdruck weit über den prätorischen Willen hinausgeht und restrictiv interpretirt werden muß — aus l. 5. §. 20. h. t.: wäre das Interdict gegen jeden Dritten, der den Caventen hindert, zuständig, so würde der Procurator hier in eigener Person, nicht als defensor des Nuncianten haften.

63. Die specielle rechtschaffende Wirkung der Cautionsleistung für den Nuncianten besteht darin, daß er eine bedingte Forderung aus der Stipulation erhält und gesichert ist in Bezug auf das in der Stipulation enthaltene Versprechen resp. in Bezug auf das, worauf seine Klage aus dem die Bedingung des

70) Z. B. Heimbach im Rechtslex. VII. S. 602. Ob auch Puchta Vorles. §. 396., wie Stölzel S. 115. meint, ist nicht sicher (er sagt nur, der Nunciat habe gegen jede Störung das Interdict; das kann sich immerhin auf Störungen durch den Nuncianten beziehen).

Stipulationsversprechens bildenden jus prohib. auch ohne die Caution gehen würde, nämlich in Bezug auf die restitutio operis. Natürlich fällt dieses obligatorische Recht weg, wenn die der Stipulation eingefügte Frist abgelaufen ist, ohne daß der Cavent von der durch die Cautionsleistung erlangten Befugniß zum Fortbauen Gebrauch gemacht hat[71]), ein Fall, der freilich kaum vorkommen wird, da ja der Nunciat nur dann, wenn er bauen will, nicht aber wenn er sistiren will, der Cautionsleistung bedarf. Ebenso ist es selbstverständlich, daß im Fall der offerirten, vom Nuncianten aber nicht angenommenen Caution zwar die Wirkungen für den Nunciaten, Beseitigung des interd. demol. und Begründung des interd. ne vis fiat aedificanti, eintreten, nicht aber der Nunciant aus der nicht acceptirten Offerte irgend einen Anspruch ableiten kann. — Welche Bedeutung die aus der Stipulation hervorgehende Obligation habe und wie sich die actio ex stipulatu zu der Klage verhalte, mit welcher das jus prohib. unabhängig von der Caution geltend gemacht werden kann, das zu erörtern ist die Aufgabe, mit der sich die Untersuchung im Folgenden zu beschäftigen hat.

Wenn nämlich auch im Allgemeinen feststeht, daß die cautio ex o. n. n. ein von der Bedingung der Existenz eines materiellen jus prohib. abhängiges Versprechen ist, wodurch der Nunciant in Bezug auf das opus,

71) Daß sich die Zeitbestimmung in der Stipulation nicht auf die Klaganstellung, sondern auf das Bauen innerhalb der Frist bezieht, hat Rudorff (a. a. O. S. 144.) unter Bezugnahme auf l. 13. §. 15. de damno inf. mit Recht hervorgehoben.

wegen dessen nunciirt worden, sichergestellt wird, so sind doch die Ansichten über Inhalt und Wesen dieser Caution, über die Bedingungen, unter denen sie verfällt, über ihr Verhältniß zur c. judic. solvi und über das Verfahren, welches nach ihrer Leistung stattfindet — ob nämlich erst mit der actio confessoria oder negatoria das jus prohib. durchgeführt sein muß, ehe die actio ex stipulatu angestellt werden kann, oder ob ohne einen solchen Vorproceß der Nunciant die Klage aus der Caution hat und in diesem Proceß sein jus prohib. beweisen kann — im höchsten Grad verschieden.

Natürlich äußert diese Verschiedenheit der Auffassung ihren Einfluß in Bezug auf die Reconstruction des Cautionsformulars.

Nach Hasse (S. 620.) stipulirt der Nunciant, daß, wenn er im ordentlichen Proceß sein jus prohib. nachgewiesen habe oder der Gegner contumax sei, das inzwischen vom Promittenten selbst oder von dessen Successoren in rem wie in jus Gemachte restituirt oder das Interesse prästirt werden solle. Dem entsprechend giebt Hasse die Stipulation in folgender Fassung:

Quem in locum nunciatum est, ne qu. o. n. f., quod in eo loco aut per te aut per heredem tuum aut per eum qui tibi heredive tuo in rem successerit, factum erit, si injuria id factum esse apparebit aut res non defendetur, id nisi restituetur quanti ea res erit dare spondes? [72])

Schmidt (Gieß. Zeitschr. VIII. S. 22., Jahrb.

72) Ueber die Fehler dieser Formel vgl. Schmidt VIII. S. 22. A. 11.

des gem. R. IV. S. 215. ff.) — und ihm folgend Stölzel S. 106. u. A. — nimmt folgende Fassung an:

Quod n. o., q. d. a., a te heredibusve tuis vel ceteris successoribus intra annum factum erit, id si non jure factum esse judicatum erit aut si res arbitratu boni viri defensa non erit, restitui arbitratu boni viri aut, si ita mihi placuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam a te heredibusve tuis dari dolum malum abesse abfuturumque esse spondes —

indem er davon ausgeht: die Stipulation sichere in Bezug auf ein opus, welches innerhalb einer bestimmten Zeit etwa werde errichtet werden, sie verfalle in drei verschiedenen Fällen (Urtheil, daß der Bau ein widerrechtlicher sei, Verabsäumen der gerichtlichen Vertheidigung, Vorliegen eines dolus), die Verpflichtung laute alternativ auf rem arbitratu boni viri restitui oder quanti ea res est und zwar nach der Wahl des Klägers, sie sei ausdrücklich auf die Erben verstellt (VIII. S. 22.), der Cavent hafte aber nicht schlechthin, wenn überhaupt gebaut werde, nämlich dann nicht, wenn ein mit dem Nunciaten in gar keiner rechtlichen Verbindung stehender Dritter den Bau vornehme (IV. S. 216. 217).

Rudorff (S. 144.), gegen dessen Reconstruction die letztere Bemerkung Schmidt's gerichtet ist, stellt folgendes Formular auf:

Quem in l. nunc. est, ne qu. o. n. f., q. d. a., quod in eo loco intra annum, ex quo nunciatum est, o. n. factum erit, sive judicatum fuerit (jus mihi esse proh. ne me invito fiat, tibive jus non esse ita aedificatum habere), sive ante rem judicatam causa quae acciderit neque res

defendatur, id a te heredeque tuo recte restitutum iri, aut si mihi ita placuerit neque restitutum fuerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari deque ea re dolum malum abesse abfuturumque esse spondesne?

Ubbelohde endlich (Gieß. Ztschr. N. F. XVIII. S. 105. ff. 115.) nimmt ein zweifaches Stipulationsformular an, das eine auf rei restitutio, das andere auf incerta quantitas, und denkt sich das erstere so:

Quod o. n., q. d. a., a te heredibusve tuis vel ceteris successoribus i. a. factum erit, id si non jure factum esse judicatum erit aut si res arbitratu b. v. defensa non erit, a te heredibusve tuis restitui dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?

während das letztere lauten soll:

— — — [defensa non erit], restitui aut si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam a te heredibusve tuis dari dolumque malum abesse abfuturumque esse spondes?

Ehe wir auf die diesen verschiedenen Fassungen zu Grunde liegenden verschiedenen Ansichten über den Inhalt des Versprechens selbst des Näheren eingehen, mag die Frage nach der subjectiven Beziehung des Versprechens, hinsichtlich welcher Rudorff sich im Gegensatz zu den andern Schriftstellern befindet, erörtert werden.

Offenbar ist bei Rudorff ein Mißverständniß untergelaufen. Er sagt (S. 145.), „die Erbenclausel erscheine nur auf Seite des Nunciaten, weil auf der Seite des Nuncianten der Tod die Wirkung aufhebe (l. 8. §. 6. 7. h. t.).“ Dieses Erlöschen der o. n. n. durch Tod des Nuncianten, wovon in l. 8. §. 6. cit. die

Rede ist, bezieht sich aber nur auf die durch die o. n. n. begründete Pflicht zu sistiren, nicht auf die Pflicht zu restituiren: aus dem Restitutionsversprechen steht natürlich auch den Erben des Nuncianten ein Anspruch zu[73]). Diese als berechtigt besonders zu erwähnen war überflüssig: wie in jedes andere Forderungsrecht ihres Erblassers, so succediren sie auch in dieses von selbst. Der Umstand, durch welchen Rudorff zu diesem Irrthum bewogen worden, ist ein weiterer Irrthum, der sich auch in seinem Formular zu erkennen giebt. Er faßt die Erbenclausel auf Seiten des cavirenden Nunciaten so auf, als würden dadurch die Erben zur Restitution des von ihrem Erblasser Gemachten verpflichtet. Dazu würde es aber wieder einer besonderen Nennung der Erben nicht bedürfen, aus demselben Grund, der dies auf der activen Seite überflüssig macht[74]). Vielmehr hat die Erbenclausel auf der passiven Seite offenbar nur den Sinn, daß der Cavent auch für das nach seinem Tode von seinen Erben Gemachte cavirt und dadurch die Erben aus ihrer Thätigkeit verpflichtet, so daß die Fassung der anderen Formulare: quod o. n. a te heredibusve tuis factum erit die richtige ist[75]). — Wie

73) Wie sie ja auch, wenn vor dem Tod des Nuncianten eine Contravention gegen die weder durch Remission noch durch Caution aufgehobene o. n. n. stattgefunden hat, die dadurch begründete unbedingte Pflicht zur Restitution mit dem interd. demol. geltend machen können.

74) Der Erbe des cavirenden Nunciaten haftet natürlich nicht wie beim interd. demol. blos in id quod ad eum pervenit.

75) Wenn, wie dies im §. 7. der l. 8. cit. die Absicht ist,

ist es aber, wenn Dritte bauen? Aus der o. n. n. hafteten auch Dritte wegen ihres Thuns. Durch die Cautionsleistung ist nun die o. n. n. beseitigt, so daß sie mit dem interd. demol. nicht mehr belangt werden können[76]): aus dem von einem Anderen gegebenen Versprechen der Restitution steht natürlich gegen sie kein Anspruch zu, es bleibt also blos die Frage, ob der Nunciat für die Handlungen Dritter mit zu caviren habe. Dieses Verlangen wäre aber im höchsten Grad ungerechtfertigt: der Nunciat kann, wie Schmidt (IV. 217.) gegenüber Rudorff mit Recht hervorhebt, unmöglich für die Thätigkeit jedes beliebigen mit ihm in gar keiner rechtlichen Verbindung stehenden Dritten verpflichtet werden. Anders, wenn eine solche rechtliche Beziehung vorliegt, also wenn der Nunciat das betreffende Grundstück

eine Besonderheit für die Erben des Unternehmers im Gegensatz zu den Erben des Nuncianten (§. 6.) hervorgehoben werden soll, so kann nicht etwas gemeint sein, was auf der activen Seite ebenso ist wie auf der passiven, es kann also nicht gemeint sein, daß das durch die Contravention des Unternehmers begründete Interdict auch gegen seine Erben zusteht — denn dies geht auch activ auf die Erben des Nuncianten über, obgleich die o. n. n. selbst durch dessen Tod erlischt —, sondern daß die Erben aus ihrem Thun nach dem Tod ihres Erblassers haften. Als Beweis für diese Haftpflicht der Erben aus der o. n. n. führt der §. 7. an, daß die Caution der Erben und ihres Thuns erwähnt, d. h. daß sie durch die Caution, welche den Bann der o. n. n. beseitigt, für ihr Thun mitverpflichtet werden. Vgl. oben Ziff. 38. bei Anmerkung 76.

76) Vgl. oben Ziff. 42. bei Anm. 28.

auf einen Successor übertragen hat. Entweder umfaßte die Formel diesen Fall ausdrücklich mit, oder es ist auch denkbar, daß hier die dem Versprechen zugefügte clausula doli den nöthigen Schutz für den Nuncianten gewährte.

64. 2. Ueber Inhalt und Gegenstand des vom Caventen geleisteten Versprechens herrscht, namentlich in neuerer Zeit, großer Streit. Die communis opinio, als deren Repräsentanten Schmidt, Rudorff, Stölzel, Karlowa bezeichnet werden können, geht im Allgemeinen, wenn auch mit Abweichungen im Einzelnen, dahin, daß das Versprechen alternativ auf *restituere* oder *quanti res est* gelautet habe und daß der Nunciant nach seiner Wahl auf das eine oder das andere habe klagen können. Dem ist neuerdings Ubbelohde (a. a. O., vgl. auch Dessen Untheilb. Obligg. S. 98. ff.) entgegengetreten und hat unter Bekämpfung der Ansicht, daß die Stipulation selbst die alternative Fassung gehabt habe, die Behauptung aufgestellt, es habe zwei Formulare gegeben, eins auf rei restitutio, das andere auf quanti res est, von welchen der Nunciant nach seiner Neigung das eine oder das andere habe wählen können.

Es muß jedoch beiden Ansichten widersprochen und behauptet werden, daß die Caution einfach das *restituere* zum Gegenstand hat. Wäre es wahr, was Stölzel (S. 105.) sagt, „es möge damit, daß im Gegensatz zur stipulatio judicatum solvi die stipul. ex o. n. n. nicht auf eine incerta quantitas, sondern auf die rei restitutio gerichtet sei, wohl nur ein Unterschied in der Form, nicht im practischen Resultat bezeichnet sein“, so wäre

freilich die Untersuchung dieser Frage sehr überflüssig. In Wahrheit ist aber die Stölzel'sche Behauptung, wie sich im Folgenden zeigen wird, durchaus unbegründet.

Prüfen wir zunächst die Ansichten der Gegner mit den dafür vorgebrachten Gründen und zwar vorerst die comm. opinio.

Schmidt (IV. S. 218. A. 14.) sieht die l. 21. §. 4., die l. 12. und die l. 21. §. 6. 7. h. t. als entscheidend für die alternative Fassung an; einzelne Stellen redeten allerdings so, daß man auf die Meinung kommen könne, die Stipulation gehe ausschließlich auf Restitution, in diesen Stellen sei aber eben nur die eine Seite hervorgehoben. — Derselben Ansicht scheint Rudorff zu sein, denn obgleich er bei Bestreitung der Ansicht Schmidt's, nach welchem die cautio ex o. n. n. eine anticipirte c. judic. solvi ist, bemerkt, in der Baustipulation werde nur die Restitution, nicht die Zahlung des Judicats versprochen (S. 146.), so bestimmt er doch in dem von ihm construirten Stipulationsformular das Object gerade so alternativ wie Schmidt, nur mit dem Unterschied, daß er auf Grund der l. 21. §. 4. h. t. vor dem zweiten Glied dieser Alternative (qu. ea res erit) noch den Zusatz ‚neque restitutum fuerit' einschiebt. — Dieser Zusatz, den Schmidt (IV. S. 215. A. 8.) für überflüssig erklärt, wird von Karlowa (S. 85.)[77]) aufrecht erhalten und ihm die Wirkung zugeschrieben, daß der Stipulant vor der Erhebung der Klage aus der Stipulation es sich gefallen lassen müsse, wenn der Andere die Restitution des opus vornehmen wolle, und er nur dann, wenn der Gegner es zur Klage

77) Vgl. auch Ubbelohde a. a. O. XVIII. S. 103. 104.

kommen lasse, die Wahl habe, ob er die Klage auf restitutio operis oder auf qu. res est richten wolle.

Wenn wir von den Quellen zunächst absehen und fragen, was wohl der durch die o. n. n. gehinderte Bauunternehmer dem Nuncianten versprochen habe, um von dem Bann frei zu werden, ohne erst beim Prätor um Remission zu bitten, so wird die Antwort unzweifelhaft lauten müssen: er verspricht dasselbe, was ihm infolge des Remissionsdecrets obliegen würde, Restitution des inzwischen Gebauten, falls dem Nuncianten wirklich ein jus prohib. zustehen sollte [78]). Aus welchem Grund soll er noch zufügen: aut quanti ea res erit bezüglich aut, si restitutum non erit, qu. ea res erit, tantam pecuniam dari spondeo? Welchen Vortheil hat der Nunciant davon, daß er gleich das Interesse fordern kann? Zur Leistung des Interesses kommt es beim Ungehorsam des Beklagten gegenüber dem arbitrium judicis de restituendo auch ohne dieses besondere Versprechen und der Kläger würde sich durch die Wahl der Klage auf qu. res est nur die Möglichkeit der Selbstschätzung seines Interesses durch juramentum in litem entziehen. Wozu also die alternative Fassung auf restituere oder qu. res est, da sie weder dem Unternehmer — der natürlich nach einmal geleisteter Caution vor der Durchführung des jus prohib. nicht freiwillig restituiren wird — noch dem Nuncianten einen Vortheil bringt? Es ist vollkommen begründet, wenn Ubbelohde (a. a. O. XVIII. S. 104.) sagt, die Alternative in der Fassung ‚restitui aut si rest. non erit qu. ea res erit etc.‘ habe

78) Vgl. auch Schirmer die prätor. Judicialstipulationen S. 84.

schlechterdings nur dann Sinn, wenn sich ein jedes Glied derselben für sich verwirklichen lasse, und man müsse daher, um sie zu rechtfertigen, behaupten, daß auch die restitutio operis nöthigenfalls vermöge directen Zwangs habe durchgesetzt werden können, was sich nicht erweisen lasse [79]).

Bei einer unbefangenen Prüfung der Quellenaussprüche kann nun aber auch nicht verkannt werden, daß sie unsere Ansicht bestätigen, indem überall — mit einer Ausnahme, der l. 21. §. 7. h. t., die aber auch keinen Beweis für die alternative Fassung im gegnerischen Sinn enthält — nur von restituere als Inhalt der Caution die Rede ist.

So heißt es zunächst in l. 20. §. 1. h. t.: vice nunciationis remissae satisdatio *de opere restituendo* interposita, und in l. 21. §. 1. eod.: quoniam cautum habet *de opere restituendo*. Wenn man nun auch die Beweiskraft dieser Stellen durch die Bemerkung entkräften könnte, daß in ihnen nur die eine Seite hervorgehoben werde und daß auch die Fassung auf qu. ea

79) Wenn Karlowa (S. 85. 86.) dem gegenüber meint, daß trotz der Unzulässigkeit eines solchen directen Zwangs die Alternative ihren guten Sinn behalte, indem der Beklagte zwar wohl bei der Klage auf rei restitutio, nicht aber bei der auf quanti res est die Condemnation durch Restitution habe abwenden können, so ist das immer keine Antwort auf die Frage, was dem Nuncianten, der doch die Restitution der Abfindung in Geld und eventuell die Selbstschätzung seines Interesses durch juramentum in litem dem Beweis desselben durch die gewöhnlichen Beweismittel vorzieht, diese Alternative nützen soll. Vgl. auch unten Ziff. 65. bei Anm. 99.

res erit sich auf die restitutio operis zurückbeziehe und darum da, wo es nicht auf genaue Angabe des Inhalts der Stipulation angekommen sei, sie recht wohl mit diesem kurzen Ausdruck habe bezeichnet werden können, so kann doch diese Bemerkung nicht auch denjenigen Stellen entgegengehalten werden, die sich gerade zum Zweck setzen, den Inhalt der Stipulation anzugeben, und die als diesen Inhalt lediglich die restitutio operis nennen. Das ist der Fall in l. 21. §. 4. h. t., wo Ulpian sagt: stipulatio in id committitur, ut res arbitratu boni viri restituatur[80]). Im Zusammenhalt mit dieser Stelle und der gleich näher zu erörternden l. 2. de stip. praet. 46. 5. erhält auch l. 20. §. 5. h. t. Beweiskraft: es soll danach von mehreren Nunciaten nur einer zu caviren brauchen, quia restitutio operis pro parte fieri non possit. Nun kann zwar auch in dem Fall, wo das restituere die negative Bedingung für die Leistung von qu. res est bildet, die restitutio nicht pro parte vorgenommen werden, aber die auf das pro parte restitui non posse gestützte Folgerung, daß blos einer von mehreren Nunciaten zu caviren brauche, ist nur zutreffend unter der Voraussetzung, daß das restituere selbst versprochen wird, nicht auch unter der, daß das Versprechen auf quanti res est, nisi restituatur lautet[81]). — Am wenigsten kann aber die Beweiskraft

80) Daß diese Stelle — wegen der Worte „quodsi ita restitutum non erit etc." von den Gegnern als Argument für die alternative Fassung benutzt — die alternative Fassung zu beweisen nicht im Stande ist, wird sich im Folgenden zeigen.

81) Es ist dies ein Satz, dessen Bedeutung und Tragweite bei einer Erörterung der über Theilbarkeit und

der l. 2. de stip. praet. durch die Bemerkung beseitigt werden, daß hier nur die eine Seite der Stipulation hervorgehoben werde. Paulus unterscheidet zwei Arten von prätorischen Stipulationen: aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem, die ersteren begründen wegen Untheilbarkeit des Objects eine untheilbare Obligation auf restituere, die letzteren eine von vornherein theilbare Obligation auf quanti res est; als Beispiel für die erste Klasse wird und zwar ganz allein die cautio ex o. n. n. angeführt, als Beispiel für die letztere die c. judic. solvi, de rato, damni infecti. Wie ist es da möglich, daß Paulus als einziges Beispiel einer untheilbaren stipul. rei restitutionem continens im Gegensatz zu der theilbaren Stipulation auf qu. res est eine — wie die Gegner annehmen — beide Eigenschaften vereinigende Caution nennt, eine Caution, die zugleich untheilbar und theilbar, zugleich auf rei restitutio und qu. res est gerichtet ist? So konnte Paulus nicht schreiben, wenn nicht die cautio ex o. n. n. wirklich blos auf rem restituere ging.

Welche Stellen vermögen nun dem gegenüber die Gegner für die alternative Fassung der cautio ex o. n. n. anzuführen?

Das Hauptgewicht legt Schmidt auf die von uns gerade als Beweis für die Fassung auf rei restit. benutzte l. 21. §. 4. h. t., die vollständig so lautet:

Untheilbarkeit der Obligationen geltenden Grundsätze noch mehr hervortreten wird. Vorläufig muß diese Erörterung ausgesetzt bleiben, da sie nicht blos auf diese, sondern auch auf andere Stellen ein Licht wirft.

Sive autem res judicetur sive res non defendatur, stipulatio in id committitur, ut viri boni arbitratu res restituatur: quod si ita restitutum non erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dabit, si hoc petitori placuerit.

Aus dem Satz **quodsi etc.** und insbesondere aus den Worten **si hoc petitori placuerit** soll folgen, daß die Stipulation selbst alternativ gefaßt sei. Es kann das nicht zugegeben werden. Wenn die Bedingung eingetreten ist, verfällt die Stipulation **in id, ut b. v. arb. res restituatur**, und worauf die Stipulation verfällt, darauf geht auch die Klage aus der Stipulation, also auf **restituere**. Wie kann aus einer auf **restituere** verfallenen Stipulation die Klage auf **quanti res est** angestellt werden? Unsere Stelle spricht von der Pflicht zur Restitution infolge des durch den Eintritt der Bedingung begründeten Verfalls der Stipulation auf **restituere**. Erst dann, wenn der Beklagte gegenüber dem auf die **actio ex stipulatu** hin erlassenen **arbitrium de restituendo** ungehorsam ist (**quodsi ita restitutum non erit**), kommt es zur Verurtheilung in das Interesse[82]). Davon, daß die Klage aus der Sti-

82) Gewöhnlich wird angenommen, daß vor Anstellung der **actio ex stipulatu** der Eintritt der Bedingung für die Restitutionspflicht, die Existenz des **jus prohibendi**, in einem besonderen negatorischen oder confessorischen Vorproceß festgestellt sein müsse. Welche Folge würde sich gerade bei dieser — wie wir sehen werden unrichtigen — Annahme ergeben, wenn man die **actio ex stipulatu** alternativ auf **restituere** oder **quanti res est** zuläßt? Angenommen der Nunciant hätte die dingliche Klage wegen seines **jus prohibendi** an-

pulation von Haus aus auf das Interesse gerichtet werden könne, ist nicht die Rede[83]). Was will aber dann, wenn der Stipulant nur auf Restitution klagen kann, der Schlußpassus ‚tantam pecuniam dabit, *si hoc petitori placuerit*' sagen? Der Satz, daß es schließlich zur condemnatio pecuniaria kommt, kann damit — ganz abgesehen von seiner Trivialität — nicht gemeint sein, weil es ja beim Ungehorsam des Beklagten gegenüber dem arbitrium de restituendo gar nicht auf den Willen des Klägers ankommt, sondern stets die Verurtheilung auf das Interesse eintritt. Und doch soll der Kläger die Wahl haben zwischen dem Verlangen der

gestellt und gesiegt, so würde in diesem Proceß zunächst ein arbitrium de restituendo erlassen und bei Ungehorsam des Beklagten die Verurtheilung in das Interesse erfolgt sein. In diesem Fall soll nach Karlowa der Stipulant noch die actio ex stipulatu haben entweder auf Restitution oder auf das Interesse, letzteres dann, wenn der Cavent seiner im Vorproceß anerkannten Verpflichtung zur Restitution nicht nachgekommen ist. Aber wozu diese nochmalige Klage auf das Interesse, auf welches ja im Fall der Nichtrestitution schon die Condemnation im Vorproceß gegangen war? Und wozu die nochmalige Klage auf Restitution, die ja doch auch, da Beklagter in diesem Proceß nicht mehr als 'im Vorproceß zur Restitution geneigt sein wird, mit der Condemnation auf quanti res est endet?

83) Nur dann könnte die Stelle die alternative Fassung beweisen, wenn es hieße: stipulatio in id committitur ut res restituatur aut quanti ea res erit, tanta pecunia detur, si hoc petitori placuerit. Es heißt aber eben nur: in id committitur, ut res restituatur.

Restitution und des quanti res est, eine Wahl, die sich nach unserer früheren Erörterung weder auf die Naturalexecution noch auf die Klaganstellung beziehen kann! Die Erklärung liegt in zwei von den Gegnern nicht beachteten Worten: *arbitratu boni viri* und *ita* restitutum. Sollte das ut boni viri arbitratu res restituatur und quodsi ita restitutum non erit einfach identisch sein mit ut res restituatur und quodsi restitutum non erit, also die Worte arb. b. v. und ita ganz überflüssiger Weise zugefügt sein? Bei der Frage, ob der durch ein opus novum veränderte Zustand ganz in der alten Weise hergestellt sei, bedarf es gewiß mehr als in anderen Fällen einer besonders sorgfältigen Erwägung aller Verhältnisse, eines wirklichen arbitratus boni viri, während die Frage bei der Herausgabe einer vorenthaltenen Sache kaum je Schwierigkeiten bereiten wird [84]). Daher ist hier ein arbitratus boni viri, ob wirklich durch das, was der Beklagte zur Erfüllung des arbitrium de restituendo gethan hat, seiner Pflicht genügt ist, besonders nöthig. Wenn nun Ulpian sagt: quodsi *ita*, d. h. wie es der arbitratus boni viri verlangt, restitutum non erit, so heißt das natürlich nicht: wenn Beklagter gar nicht restituirt, sondern vielmehr wenn Beklagter zwar äußerlich dem Befehl zu restituiren gehorcht, also niedergerissen oder wieder aufgebaut hat,

84) Man denke z. B. an den Fall, daß Jemand verbotwidrig ein Gebäude niedergerissen hat und nun zur Restitution angehalten wird: er kann äußerlich dem jussus judicis nachgekommen sein und ein Gebäude auf demselben Platz errichtet haben, welches äußerlich dem niedergerissenen ähnlich ist, aber es kann doch möglicherweise viel schlechter gebaut sein.

aber doch nicht so, wie es nach dem arbitr. b. v. geschehen mußte. Versteht man aber die Worte so, dann hat auch der Schlußsatz einen sehr einfachen und natürlichen Sinn, nämlich den: Wenn auf die auf restituere gerichtete actio ex stipulatu hin das arbitrium de restituendo erlassen ist und Beklagter nicht so wie das arb. b. v. es verlangt, sondern nur in mangelhafter Weise die Restitution vorgenommen hat, dann soll er den Kläger wegen dieses Mangels in Geld entschädigen wenn Kläger dies will d. h. der Kläger kann sich in Geld abfinden lassen, aber er braucht es nicht, sondern kann auch sagen: das ist nicht arb. b. v. restituirt, restituire anders und besser, so daß unter Umständen das schlechter aufgeführte Gebäude nochmals gebaut werden muß[85]). — Die l. 21. §. 4. beweist also nicht im Geringsten für die alternative Fassung der Stipulation, vielmehr bezeugt sie nach der eben gegebenen Erklärung das Gegentheil, indem Ulpian ganz allgemein als Folge des Verfalls der Stipulation die Verpflichtung zum rem restituere angiebt.

Nachdem diese Hauptbeweisstelle gefallen ist, wird es nicht schwer werden, auch von den anderen Stellen darzuthun, daß sie die alternative Fassung der Stipulation zu beweisen nicht im Stande sind.

Die von Schmidt weiter angeführte l. 12. h. t. lautet:

85) Auf solche Fälle bezieht sich der Ausspruch in §. 31. J. de act. 4. 6.: in his actionibus (arbitrariis) permittitur judici, ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Ex o. n. nunciatione si caveatur tanti stipulatio committitur, quanti judicatum sit.

Offenbar spricht die Stelle nicht von dem Inhalt der Stipulation, sondern von dem Umfang der anerkannten Verpflichtung aus derselben. Die nach l. 21. §. 4. cit. auf rei restitutio verfallende Stipulation soll nach unserer l. 12. auf so viel, in dem Umfang verfallen, quanti judicatum sit. Zugegeben, daß unter dem Judicat die Verurtheilung des Beklagten in Geld zu verstehen ist, so folgt daraus doch nicht, daß die Klage selbst auf qu. res est angestellt war: wie sich nach l. 9. jud. solvi 46. 7. die incerta quantitas der cautio judic. solvi durch die Endsentenz des judex in eine expedita quantitas verwandelt und von dieser Caution gesagt wird, daß sie auf diese expedita quantitas verfalle, so verwandelt sich in gleicher Weise bei der cautio ex o. n. n. die den ürsprünglichen Inhalt derselben bildende Verpflichtung auf rei restitutio infolge der bei contumacia des Beklagten gegebenen Endsentenz in die Verpflichtung zur Zahlung der Judicatssumme und die cautio ex o. n. n. verfällt, wenn es einmal zur Endsentenz gekommen, tanti quanti judicatum sit.

Mehr als die beiden bis jetzt erörterten Stellen ist die l. 21. §. 7. h. t. geeignet, den Gedanken zu erwecken, als ob die Stipulation nicht blos auf rei restitutio, sondern daneben auch auf qu. res est habe lauten können. Und in gewissem Sinn ist das auch zuzugeben, nur ist das Versprechen von quanti res est neben dem von restituere kein alternatives, sondern nur ein eventuelles[86]).

86) Vgl. unten Ziff. 66.

65. Ehe wir auf die Erörterung dieser schwierigen und bestrittenen Stelle eingehen können, müssen wir auf den oben nur kurz berührten Unterschied der stipulationes praetor. judiciales, quae rei restitutionem continent und quae incertam quantitatem continent und auf die diesen Unterschied aufstellende l. 2. de stip. praet. 46. 5. zurückkommen, weil in ihr der Hauptbeweis für die Fassung der cautio ex o. n. n. auf rei restitutio und gegen die alternative Fassung in der Stipulation selbst wie gegen das zwiefache Formular enthalten ist.

Die l. 2. cit. lautet vollständig:

Praetoriae stipulationes aut rei restitutionem continent aut incertam quantitatem. §. 1. Sicuti stipulatio ex o. n. n., qua cavetur, ut opus restituatur: ideoque sive actor sive reus decesserit pluribus heredibus relictis, uno vincente vel victo totum opus restitui debebit: quamdiu enim aliquid superest, tamdiu non potest videri opus restitutum. §. 2. Incertam quantitatem continet stipulatio judicatum solvi et rem ratam dominum habiturum et damni infecti et his similes, in quibus respondetur scindi eas in personas heredum, quamvis possit dici ex persona heredum promissoris non posse descendentem a defuncto stipulationem diversam conditionem cujusque facere. At in contrarium summa ratione fit, ut uno ex heredibus stipulatoris vincente in partem ejus committatur stipulatio: hoc enim facere verba stipulationis ‚quanti ea res est.‘ Sed si unus ex heredibus promissoris totam rem possideat, in

solidum eum damnandum Julianus scribit: in quantum autem ipse ea stipulatione vel fidejussores an omnino teneantur, dubitari potest: et videndum ait, ne non committatur. Sed si lite contestata possessor decesserit, unum ex heredibus non majore ex parte damnandum, licet totum fundum possideat, quam ex qua heres est. (Paulus.)

Zwischen dem Versprechen, welches die *rei restitutio* zum Gegenstand hat, und dem, welches die Leistung des Interesses zusichert, besteht zunächst der — in unserer Stelle nicht hervorgehobene — Unterschied, daß im ersten Fall auf die *rei restitutio* geklagt werden kann, im letzteren aber die Klage von vornherein nur auf das Interesse zusteht und von einem arbitrium de restituendo nicht die Rede ist. Ein weiterer viel wichtigerer Unterschied, mit dem unsere Stelle ex professo sich beschäftigt, ist der, daß im ersten Fall eine untheilbare, im letzteren eine theilbare Obligation entsteht, ein Unterschied, der gerade hier eine nähere Betrachtung erheischt.

Bei einer theilbaren Obligation, wie sie durch das Versprechen eines theilbaren Objects z. B. von quanti res est entsteht, sind die mehreren Gläubiger und Schuldner, mag die Mehrheit der Subjecte eine ursprüngliche oder eine durch Erbfolge herbeigeführte sein, nur zum Theil berechtigt und verpflichtet. Das Zufügen der Bedingung eines Thuns oder Nichtthuns des Promittenten, unter welcher das theilbare Object geleistet werden soll[87]), ändert nur insofern etwas, als

87) Und die prätorischen Stipulationen auf quanti res est sind solche bedingte Stipulationen.

— mag das zur Bedingung gemachte Thun oder Nichtthun selbst theilbar oder untheilbar sein — das Thun oder Nichtthun ein vollständiges sein muß, damit für den Schuldner die Verpflichtung nicht entstehe; ist nur theilweis gethan oder nichtgethan, so ist die Verpflichtung vollständig zur Entstehung gekommen, so gut wie wenn das Versprechen ohne Bedingung gegeben wäre: aber die nunmehr vollständig begründete Forderung auf das versprochene Object steht activ und passiv nur pro rata zu, da das Object theilbar ist.

Anders wenn eine Obligation infolge der Untheilbarkeit des Objects untheilbar ist, wie z. B. beim Versprechen der rei restitutio oder der Constituirung einer Prädialservitut. Hier entsteht eine solidarische Berechtigung und Verpflichtung der mehreren Gläubiger und Schuldner. Von mehreren Gläubigern kann jeder auf das ganze Object z. B. rei restitutio klagen, und wenn er gesiegt hat, so kommt sein Sieg den übrigen zu gute, denn in dem Urtheil ist der Anspruch im vollen Umfang anerkannt worden. Dieser Nutzen für die übrigen Gläubiger ist dann selbstverständlich, wenn der Beklagte in natura erfüllt, also z. B. das opus restituirt; aber auch dann nützt den übrigen Gläubigern der Sieg des einen, wenn es auf dessen Klage zur condemnatio pecuniaria kommt: der siegende Kläger erhält dann allerdings nicht die ganze aestimatio der versprochenen Leistung, sondern nur seinen verhältnißmäßigen Antheil, da er mehr als sein Interesse nicht beanspruchen kann[88]), aber jeder der anderen Gläubiger kann sich auf den Sieg des Klägers berufen

88) Vgl. l. 25. §. 9. fam. erc. 10. 2.

und auf Grund des die Verpflichtung des Beklagten anerkennenden Urtheils sein Interesse verlangen[89]). Ebenso geht gegen jeden der mehreren Schuldner die Klage in solidum und zwar trifft ihn nach richtiger Ansicht die Geldcondemnation nicht nur auf seinen Theil, sondern er hat auch die aestimatio in solidum zu leisten[90]).

Von diesem letzteren Satz statuirt man mit Recht eine Ausnahme für den Fall, daß bei Lebzeiten des ursprünglichen Schuldners durch dessen Verschuldung eine Unmöglichkeit der Erfüllung eingetreten und dadurch die ursprünglich untheilbare Obligation in eine theilbare Verpflichtung zur Leistung des Interesses verwandelt ist: hier haftet jeder der an die Stelle des ursprünglichen Schuldners tretenden Erben nur zu seinem Theil so, wie wenn von Anfang an der Erblasser in einer theilbaren Obligation gestanden hätte.

Es ist aber nicht gerechtfertigt, dies als die einzige Ausnahme zu betrachten. Die gleiche Wirkung wie die die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführende Verschuldung des Erblassers hat die von demselben vorgenommene litis contestatio. Gehen wir zunächst von dem Fall einer actio confessoria auf Restitution aus. Die Klage geht als auf ein untheilbares restituere gerichtet gegen

89) Vgl. l. 4. §. 3. si serv. vind. 8. 5. l. 2. §. 1. cit.

90) Diese Grundsätze gelten nicht blos für den Fall einer obligatorischen Klage aus einer untheilbaren Obligation, sondern auch für den Fall einer actio confessoria wegen einer untheilbaren Servitut, indem, wenn actio nata ist, auch hier eine solidarische Berechtigung und Verpflichtung vorliegt. Vgl. l. 4. §. 3. 4. si serv. vind. 8. 5.

jeden der Erben in solidum und der Belangte muß die ganze aestimatio zahlen; bei Anstellung dieser Klage muß vom Beklagten die c. judic. solvi geleistet werden: diese enthält das Versprechen, das Judicat (quanti res est) zu zahlen, ist also theilbar, folglich kann der Erbe aus der vom Erblasser geleisteten Caution nach den Grundsätzen der theilbaren Obligationen nur pro parte belangt werden. Ist das nicht ein Widerspruch, daß mit der actio confessoria die ganze aestimatio, mit der Klage aus der die Sicherung dieses Anspruchs bezweckenden c. judic. solvi nur ein Theil der aestimatio gefordert werden kann? Es wäre offenbar unerklärlich, warum in der c. judic. solvi sowohl der Hauptschuldner wie der Bürge etwas theilbares (qu. res est) versprechen sollte, wenn nicht ohnedies die ursprüngliche Obligation zu einer theilbaren würde für den Fall, daß die Bedingung der c. judic. solvi eintritt. Das ist aber in der That der Fall. Diese Verwandlung der alten Obligation in eine neue stets theilbare Obligation erfolgt durch die litis contestatio, und diese Wirkung hat die litis contestatio natürlich ganz unabhängig von der c. judic. solvi, also auch da, wo eine solche nicht geleistet wird: nicht blos bei der actio confessoria auf Restitution, sondern auch bei der act. ex stipulatu ex o. n. n., wo von c. judic. solvi keine Rede ist, wird im Augenblick der litis contestatio die untheilbare Verpflichtung zum restituere in eine theilbare Verpflichtung zur Leistung des Judicats (qu. res est) verwandelt.

Wenn das aber so ist, dann muß für den Fall des Todes des zum restituere Verpflichteten unterschieden werden, ob der Tod vor oder nach der litis

contestatio erfolgt ist. Stirbt der ursprüngliche Schuldner vor der litis contestatio, so kann jeder der Erben in solidum auf den untheilbaren Inhalt der alten noch nicht verwandelten Obligation belangt werden, und die vom Erblasser etwa schon geleistete c. judic. solvi, die ja eben nur die Zahlung des Judicats in diesem Proceß — also unter der Voraussetzung, daß es zur litis contestatio komme — versprach, erlischt: wenn dann mit der Klage aus der alten Obligation ein ganz neuer Proceß gegen den auf Restitution in solidum belangten Erben eröffnet wird und nunmehr infolge der litis contestatio von seiner Seite die alte Obligation in die durch neue c. judic. solvi gesicherte obligatio judicati auf quanti res est sich verwandelt, dann hat natürlich der Erbe die volle aestimatio zu zahlen, so gut wie der Erblasser selbst dazu verpflichtet gewesen wäre. Stirbt hingegen der ursprüngliche Schuldner nach der litis contestatio, so ist bereits bei seinen Lebzeiten die alte untheilbare Obligation in eine theilbare oblig. judicati verwandelt gewesen, und aus dieser theilbaren Obligation haftet der einzelne Erbe, der ja gar nicht in die bereits erloschene alte untheilbare Obligation eintreten kann, nur pro parte.

Es erweitert sich also die oben angeführte Ausnahme von dem Satz, daß die Erben eines in einer untheilbaren Obligation stehenden Schuldners auch für die aestimatio in solidum haften, dahin, daß, sobald in der Person des Erblassers ein die ursprünglich untheilbare Obligation in eine theilbare verwandelnder Umstand eingetreten ist, die nach diesem Zeitpunct succedirenden Erben lediglich in einer theilbaren Obligation stehen. Solcher Umstände giebt es zwei. Einmal die außergerichtliche Um-

wandlung, insbesondere dadurch, daß die Erfüllung der alten Obligation ohne Liberirung des Schuldners, also durch dessen Verschulden, unmöglich geworden und damit die Verpflichtung zur Zahlung des Interesses entstanden ist; sodann die gerichtliche Umwandlung durch litis contestatio, wofür die c. judic. solvi insofern unwesentlich ist, als einerseits diese Caution da, wo sie geleistet werden muß, erlischt, wenn es nicht zur litis contestatio mit dem Caventen kommt, und als andererseits diese Wirkung der litis contestatio auch da eintritt, wo eine c. judic. solvi überhaupt nicht geleistet wird.

Nach dieser Erörterung über die bei untheilbaren Obligationen geltenden Grundsätze ist das Verständniß der l. 2. de stip. praet. erleichtert, wie andererseits der Inhalt derselben das eben Ausgeführte bestätigen wird.

Paulus unterscheidet die Stipulationen, die rei restitutionem und die incertam quantitatem continent. Von den ersteren, für die er als einziges Beispiel die cautio ex o. n. n. anführt, sagt er im §. 1., daß, wenn der Stipulant oder der Cavent mit Hinterlassung mehrerer Erben sterbe, beim Sieg des einen oder gegen den einen Erben das ganze opus restituirt werden müsse. Das heißt zunächst freilich nur, daß der Anspruch des einen und gegen den einen auf die Restitution des Ganzen gerichtet ist und darum — wie es in l. 4. §. 3. si serv. vind. 8. 5. näher bezeichnet wird — der Sieg des einen hinsichtlich des Rechts Restitution zu fordern auch den andern zu gut kommt. An sich ist damit noch nicht gesagt, daß bei der schließlichen condemnatio pecuniaria ein Unterschied zwischen der activen und der passiven Seite bestehe und daß der belangte Erbe des ursprünglichen Schuldners in die volle aestimatio ver-

urtheilt werde[91]), aber es folgt dies aus dem, was im §. 2. in Bezug auf die theilbaren Obligationen bemerkt wird und was von der Stipulation einer Prädialservitut sowie von der mit der actio confessoria geltend gemachten Verpflichtung mehrerer Miteigenthümer eines praedium serviens zur Restitution gilt. Bei den Stipulationen, die incertam quantitatem continent, ist das Characteristische das scindi in personas heredum, d. h. jeder der Erben steht von vornherein in einer selbständigen von der des andern unabhängigen Theilobligation. Paulus wirft hier das Bedenken auf, ob die Lage der Erben des Schuldners in Bezug auf eine Obligation, die doch ihren Ursprung in der Person des Erblassers genommen hat, eine andere sein könne als die des ursprünglichen Schuldners[92]), er weist aber dies Bedenken damit zurück, daß auf der anderen Seite summa ratione eine Theilung stattfinde, indem ja beim Sieg eines der Erben des Stipulanten die Stipulation auch nur auf seinen Theil, auf sein Interesse verfalle, denn das liege in den Worten der Stipulation ‚quanti res est': diese bezeichnen das Interesse und sein Interesse ist eben nur ein Theil des Ganzen. Also — so ist die Argumentation des Juristen — wenn man einmal, wie das in der That summa ratione fit, auf der activen Seite eine Veränderung der conditio obligationis a defuncto descendentis eintreten läßt, so ist es auch unbedenklich, auf der passiven Seite eine Theilung eintreten und den Erben des Schuldners nur pro parte haften

91) Der Grund ‚quamdiu enim aliquid superest etc.' paßt vielmehr nicht weniger für den Erben des Gläubigers als für den des Schuldners und doch steht es hinsichtlich des erstern fest, daß er nur sein Theilinteresse erlangt.

92) Vgl. dazu l. 2. §. 2. de V. O. 45. 1.

zu lassen. Und nun kommt Paulus auf den Punct, den wir oben erörtert haben, auf den Einfluß der litis contestatio bei einer Klage auf eine an sich untheilbare Leistung und auf die bei einer solchen Klage geleistete c. judic. solvi [93]). Wenn gegen den Erblasser eine auf Herausgabe des Besitzes, also ein untheilbares restituere gerichtete rei vindicatio angestellt war und der Erblasser die c. judic. solvi geleistet hatte, dann muß in Bezug auf die Haftpflicht der Erben unterschieden werden: wenn der Erblasser vor der litis contestatio gestorben ist, so erlischt zunächst die von ihm geleistete c. judic. solvi, denn in diesem Proceß kommt es nicht zum Judicat, für dessen Erfüllung die Caution bestellt war, und es muß nunmehr eine neue Klage gegen die Erben angestellt werden, die einerseits dieselbe Voraussetzung in der Person des zu belangenden Erben erfordert wie die Klage gegen den Erblasser, andererseits aber auch gegen den Erben, in dessen Person diese Voraussetzungen vorliegen, in demselben Umfang geht wie gegen den Erblasser, d. h. die rei vindicatio steht nur gegen denjenigen Erben zu, der den Besitz der Sache hat, aber gegen ihn in solidum auf Herausgabe des Besitzes, also auch in solidum auf die aestimatio [94]). Ganz anders

93) Die Ansicht Julian's, auf die Paulus sich bezieht, ist in l. 55. de R. V. 6. 1. enthalten.

94) Bei der actio confessoria gegen die Erben aus der Verletzung der Servitut Seitens ihres Erblassers ist das insofern anders, als in der Person der Erben kein besonderes Moment für die Anstellung der Klage vorausgesetzt wird: sie treten in die durch die Verletzung ihres Erblassers entstandene Verpflichtung zur Restitution ein, weil das Factum der Verletzung allein

dann, wenn der Erblasser nach der litis contestatio gestorben ist. Es wird jetzt keine neue Klage gegen den Erben angestellt, sondern der alte Proceß fortgesetzt, die vom Erblasser geleistete c. judic. solvi bleibt bestehen, denn es kommt nunmehr in diesem Proceß zum Judicat, es haftet jetzt nicht blos der Besitzer, sondern jeder Erbe, und der Besitzer haftet nicht in solidum, sondern auch nur pro parte, denn seit der litis contestatio besteht die Verpflichtung nicht mehr in der Herausgabe des Besitzes, sondern der Anspruch geht auf judicatum facere oportere, auf das theilbare quanti res est.

Die l. 2. cit. bestätigt demnach vollständig unsere obige Darstellung der für untheilbare Obligationen geltenden Grundsätze. Von diesen ist jetzt noch der Satz, daß jeder Erbe des Gläubigers einer untheilbaren Obligation (also auch der cautio ex o. n. n.) die Klage auf das Ganze anstellen kann, wenn er auch beim Sieg die aestimatio blos pro parte erlangt, etwas näher in's Auge zu fassen, weil demselben eine andere Stelle entgegenzustehen scheint.

Wenn, wie wir ausgeführt haben, lediglich bei theilbaren Obligationen dem einzelnen Erben die Klage blos pro parte zusteht und die Klage eines jeden einzelnen Erben ihr eigenes selbständiges Schicksal hat, wie paßt

die Verpflichtung begründet und diese Verpflichtung übergeht, während die rei vindicatio nur gegen den Besitzer angestellt werden kann, der Besitz aber nicht übergeht; hingegen in Bezug darauf, daß die vom Erblasser geleistete c. judic. solvi erlischt und daß der Erbe in solidum der neuen Klage haftet, ist das Verhältniß bei der act. confess. dasselbe wie bei der rei vindicatio.

dazu und zu der oben interpretirten l. 2. de stip. praet. die l. 4. §. 2. de V. O. 45. 1.? Sie lautet:

> Si is, qui duplam stipulatus est, decesserit pluribus heredibus relictis, unusquisque ob evictionem suae partis pro portione sua habebit actionem. Idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti, et ex operis novi nunciatione: restitui tamen opus ex o. n. n. pro parte non potest. —

Hienach soll der Erbe des Gläubigers aus der stipulatio ex o. n. n. nur pro sua parte die Klage haben. Scheint es danach nicht, als gehe dieselbe von vornherein nicht auf rei restitutio, sondern gleich auf das Interesse, und enthält somit nicht diese Stelle einen Beweis für die Fassung der Stipulation auf quanti res est? In der That versteht Ubbelohde dieselbe in dieser Weise: er bezieht sie auf das von ihm angenommene anderweite auf quanti res est lautende Formular der Stipulation ex o. n. n. Dies wäre freilich eine einfache Lösung; aber nicht nur ist die Annahme eines zwiefachen Stipulationsformulars überhaupt unhaltbar, sondern es liegt auch der Unterschied zwischen der Fassung auf rei restitutio und qu. res est, den Ubbelohde in dieser Stelle selbst ausgesprochen findet, nicht darin. Es muß also die Stelle anders erklärt werden. Beide Stellen, die l. 4. §. 2. cit. wie die l. 2. cit., sind von Paulus. In der letzteren sagt nun der Jurist unzweideutig, die stipulatio ex o. n. n. sei eine rei restitutionem continens stipulatio und jeder der Erben habe daraus eine Klage auf Restitution des Ganzen; in l. 4. §. 2. cit. sagt derselbe Paulus, bei der cautio ex o. n. n. habe der Erbe die actio nur

pro parte sua. Da ein Widerspruch des Paulus mit sich selbst nicht anzunehmen ist, so müssen wir beide Stellen zu vereinigen suchen, und diese Vereinigung ist nicht schwer. Paulus beginnt die l. 4. §. 2. cit. nicht mit dem Ausspruch, daß bei der cautio ex o. n. n. jeder Erbe die Klage nur zu einem Theil habe, sondern er sagt dies zunächst von der duplae stipulatio bei der Eviction, welche eine theilbare Obligation begründet. Dann fährt er fort: idemque est in stipulatione quoque fructuaria et damni infecti, und schließlich: et ex o. n. n. Gerade für die cautio ex o. n. n. hebt er aber ausdrücklich hervor, daß hier die Sache doch etwas anders liegt als in den übrigen Fällen, denn: restitui tamen opus ex o. n. n. pro parte non potest. Wozu diese Bemerkung gerade für die cautio ex o. n. n., wenn sie wirklich den anderen Fällen gleich stände? Fragen wir aber, was Paulus mit dieser Bemerkung sagen will, so ist zunächst klar, daß er nicht gemeint haben kann, die Naturalrestitution sei pro parte unmöglich, denn das würde ebenso für die stipul. usufructuaria passen, bei der das Versprechen auf quanti res est lautet, aber doch das restituere die negative Bedingung für den Verfall der Stipulation bildet[95]), und doch stellt Paulus diesen Satz nur für die cautio ex o. n. n. auf. Es muß also mit diesem Satz eine Eigenthümlichkeit der cautio ex o. n. n. gegenüber der stipul. duplae, usufr., damni inf. bezeichnet werden sollen. Und welche kann das sein? Keine andere als die, von welcher er in l. 2. cit. gesprochen hat: die

95) Vgl. auch Ubbelohde Untheilb. Oblig. S. 184. fl. 185. — S. 100. 101.

Klage aus der rei restitutionem continens stipulatio ex o. n. n. geht nicht wie die Klage aus den auf quanti res est lautenden Stipulationen von vornherein auf das theilbare qu. res est, sondern es ist hier der untheilbare Inhalt der Stipulation, das Recht die rei restitutio zu verlangen, auf jeden der Erben des Gläubigers in solidum übergegangen und jeder kann auf das Ganze klagen in der Weise, daß der Sieg des einen den andern nützt, und nur dann, wenn es zur condemnatio pecuniaria kommt und insofern die Gleichheit zwischen der cautio ex o. n. n. und den auf qu. res est lautenden Stipulationen hergestellt ist, ist es bei jener ebenso wie bei dieser, daß nämlich jeder der Erben des Stipulanten einen Anspruch nur pro portione sua hat. Im Endresultate stehen sich demnach diese sämmtlichen Stipulationen allerdings gleich, wenigstens hinsichtlich des Falls, von dem Paulus hier allein spricht, nämlich beim Tod des Stipulanten mit Hinterlassung mehrerer Erben. Im Uebrigen aber besteht zwischen ihnen der wichtige gerade durch den Satz restitui tamen opus ex o. n. n. pro parte non potest betonte Unterschied, daß bei der cautio ex o. n. n. die Klage des Erben auf die Restitution des Ganzen gerichtet ist und sein Sieg dem Miterben nützt, während in den anderen Fällen von vornherein jedem Erben nur eine ganz selbständige und von den anderen unabhängige Klage auf qu. res est pro parte zusteht[96]). Ein Widerspruch zwi-

96) Speciell zwischen der Stipulation, die wie die stipul. usufr. von vornherein auf qu. res est, nisi restituas geht und zwischen der, die wie die cautio ex o. n. n. auf die rei restitutio selbst lautet, besteht der Un-

schen l. 4. §. 2. cit. und l. 2. cit. ist also in der That nicht vorhanden. In der letzteren spricht Paulus nur von dem nächsten Inhalt der Stipulation, der rei restitutio, und der Klage darauf, ohne die Frage zu erörtern, wie sich die Sache beim Ungehorsam des Beklagten gegenüber dem arbitrium de restituendo gestaltet; in l. 4. §. 2. hingegen erörtert er im Anschluß an die stipul. duplae die Frage nach der Theilbarkeit des Anspruchs auf quanti res est auf der activen Seite, indem er die cautio ex o. n. n., wenn es einmal bei ihr zur Leistung des qu. res est gekommen ist, in dieser Beziehung den anderen — in allen übrigen Beziehungen nach ihm selbst (l. 2. cit.) doch wesentlich verschiedenen — Stipulationen gleichstellt und nur die Verschiedenheit hervorhebt, daß doch der eigentliche Inhalt der cautio ex o. n. n., die rei restitutio, nicht blos pro parte, sondern in solidum verlangt werden könne.

Haben wir also durch die bisherigen Erörterungen nachgewiesen, daß ein großer Unterschied zwischen den Stipulationen, quae rei restitutionem und quae incertam quantitatem continent, besteht, so ist es undenkbar, daß eine und dieselbe Stipulation, die als einziges Beispiel für die erste Classe angeführte cautio ex o. n. n., die beiden so verschieden gearteten Fälle um-

terschied, daß die Restitution in jenem Fall die außergerichtliche freiwillige Restitution ist, auf welche die Klage selbst gar nicht geht und durch deren Vornahme nur die Klage auf qu. res est beseitigt wird, während die Restitution im letzteren Fall diejenige ist, welche auf das arbitr. de restit. hier erfolgen muß und durch deren Vornahme die Verurtheilung auf qu. res est verhindert wird.

fassen sollte. Wenn einer der mehreren Gläubiger oder der mehreren Erben des Gläubigers sich für das zweite Glied der Alternative, für die Klage auf qu. res est, entschieden hätte, so würde er von vornherein nur einen Anspruch pro parte haben, von einem arbitr. de restit. wäre nicht die Rede, es wäre unmöglich, daß es in diesem Proceß zur restitutio totius operis käme, und der Sieg des Klägers würde den anderen Gläubigern nichts nützen; wenn gegen einen der Erben des Caventen vom Stipulanten auf qu. res est geklagt würde, so würde der Beklagte ihm nur pro portione sua verurtheilt werden. Wenn dann aber von einem anderen Erben des Gläubigers oder gegen einen anderen Erben des Schuldners die Klage auf rei restitutio angestellt würde, wären die Grundsätze wieder ganz andere. Es würde also bei der Annahme einer alternativen Fassung der Stipulation jedenfalls dann, wenn auf qu. res est geklagt würde, die scharfe Gegenüberstellung der cautio ex o. n. n. und der Caution auf qu. res est in l. 2. de stip. praet. jedes Grundes entbehren[97]).

Derselbe Einwand läßt sich gegen Ubbelohde's Annahme eines zwiefachen Stipulationsformulars erheben. Denn wenn der Nunciant das auf qu. res est lautende Formular wählen sollte, so würde eben nicht eine rei restitutionem continens stipulatio vorliegen, sondern die cautio ex o. n. n. vollständig den im §. 2. genannten Stipulationen gleichstehen, und doch wird hier

97) Die Bemerkung von Stölzel S. 105., es möge damit wohl nur ein Unterschied in der Form, nicht im practischen Resultat bezeichnet sein, ist demnach durchaus unrichtig.

die c. judic. solvi, welche die gleiche negative Bedingung des Verfalls der Stipulation auf qu. res est hat, wie sie die cautio ex o. n. n. nach diesem Formular haben würde, direct der cautio ex o. n. n. entgegengesetzt. Ubbelohde verkennt auch dieses Argument nicht und sucht es dadurch zu beseitigen, daß er annimmt, Paulus spreche im §. 1. eben nur von demjenigen Formular der cautio ex o. n. n., welches auf rei restitutio laute, im Gegensatz zu dem, wodurch das quanti res est versprochen wird. Dann wäre es aber geradezu unverzeihlich, wenn Paulus nicht, um das alsdann sehr nahe liegende Mißverständniß zu verhüten, unter den Stipulationen auf qu. res est im §. 2. die andere cautio ex o. n. n. erwähnt hätte[98]).

98) Wenn Ubbelohde (XVIII. S. 115.) meint, daß nur bei der Annahme eines zwiefachen Formulars Paulus von dem Vorwurf einer höchst überflüssigen Wiederholung — indem er als Beispiel einer Stipulation auf restitutio diese Stipulation nicht blos namentlich anführe, sondern ihre Fassung auf die operis restitutio, die sich ja dann von selbst verstanden hätte, obendrein angebe — frei werde, so ist, ganz abgesehen davon, daß dies gegenüber dem anderen oben berührten der geringere Vorwurf wäre, dieser Vorwurf unbegründet, zumal Ubbelohde selbst den §. 2. nicht mit der Vulgata mit den Worten ‚rei restitutionem sicuti', sondern mit ‚sicuti' beginnen läßt; die Worte ‚qua cavetur, ut opus restituatur' bezeichnen dann eben, daß die cautio ex o. n. n. zu der ersten der beiden im princ. genannten Klassen gehört. Es bedarf daher zur Rechtfertigung des Paulus gar nicht des Hinweises darauf, daß es auch eine stipul. ex o. n. n. giebt, die nicht auf rei restitutio, sondern auf qu. res est geht, nämlich die cautio ex o. n. n. damni depell.

Daß beide Ansichten aber, sowohl die von der alternativen Fassung der Stipulation selbst wie die von dem zwiefachen Formular keine Antwort auf die Frage haben, was es dem Nuncianten nützen soll, wenn er sich für das zweite Glied der Alternative (qu. res est) bei Anstellung der Klage aus der Caution, bezüglich für das Formular auf qu. res est beim Abschluß der Stipulation entscheidet, haben wir bereits früher erwähnt[99]). Zu den dort angeführten Gründen, welche die Forderung von quanti res est gegenüber der von rei restitutio als nachtheilig für den Nuncianten erscheinen lassen, kommt nach den eben entwickelten Grundsätzen über theilbare und untheilbare Obligationen ein neuer: der Nunciant würde bei der Obligation auf quanti res est für den Fall einer Mehrheit von Schuldnern, also wenn der Cavent mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, dem Nachtheil ausgesetzt sein, daß er von dem einen belangten Erben nur denjenigen Theil des Interesses erlangt, für welchen der Beklagte nach seiner Erbportion haftet und daß es gegenüber den anderen Erben einer neuen Klage und eines neuen Siegs bedarf, damit er schließlich durch die Theilleistungen der einzelnen sein Gesammtinteresse erhält. Wozu also, da doch die Alternative den Vortheil des Nuncianten bezwecken und ihm die Wahl zustehen soll, ihm überhaupt die Alternative und das Wahlrecht geben, wenn ein verständiger Nun-

causa, die aber regelmäßig nicht mit diesem Namen, sondern als c. damni inf. bezeichnet und als solche im § 2. erwähnt wird.

99) Vgl. Ziff. 64. bei Anm. 78.

ciant sich niemals für die zweite Alternative oder das zweite Formular entscheiden wird?

66. Wenn durch die bisherigen Ausführungen erwiesen ist, daß die für die alternative Fassung der Stipulation selbst wie für das zwiefache Stipulationsformular vorgebrachten Gründe nicht beweisend sind, daß die dafür angeführten Quellenstellen nichts davon enthalten, und daß sich ein practischer Zweck für eine derartige Alternative nicht entdecken läßt, so gewinnt schon dadurch unsere Ansicht, daß das Versprechen in der stipulatio ex o. n. n. lediglich auf rei restitutio gerichtet sei, an Glaubwürdigkeit. Die oben besprochenen Stellen, in welchen nur von der c. de opere restituendo, von dem Verfall der stipulatio in id, ut res restituatur, von der Caution als einer rei restitutionem continens stipulatio im Gegensatz zu den auf quanti res est lautenden die Rede ist, erheben dies zur unumstößlichen Gewißheit.

Nur eine Stelle ist geeignet, noch einen Zweifel zu erwecken, die l. 21. §. 7. h. t.

Ulpian bespricht in den §§. 5—7. die Frage, wie sich für den Fall einer Mehrheit von Nunciaten und Nuncianten die Cautionsleistung gestalte. Im §. 5. wird für die Ansicht, daß von mehreren Nunciaten nur einer zu caviren brauche, quia restitutio operis pro parte fieri non potest, die Autorität des Labeo angeführt. Ebenso wird im §. 6. der Ausspruch des Labeo citirt: et si plures nuncient, curandum esse, uti uni caveatur, vi inter eos conveniat; plane si non conveniat, et singulis erit cavendum. Der §. 7. lautet dann folgendermaßen:

Idem (Labeo) dicit adjiciendum esse in stipulatione, ut tantum praestetur, quanti uniuscujusque intersit, si hoc maluerint: *ceterum si ita fuerit*, inquit, *cautum ‚quanti ea res erit'*, *dubitabitur, utrum ad totius corporis aestimationem haec verba referantur an vero ad id quod ejus interest qui stipulatur.* Ego puto et si sic fuerit uni cantum *‚quanti ea res erit'*, defendi posse stipulationem sufficere: ad operis enim quantitatem ea refertur.

Daß sich diese Stelle und speciell die Worte Labeo's auf den Fall einer Mehrheit von Nuncianten beziehen, ist klar. Bestritten und zweifelhaft ist aber, ob Labeo an den Fall denkt, wo infolge einer Uebereinkunft nur einem der Nuncianten, oder an den, wo jedem derselben cavirt ist. Nicht minder zweifelhaft erscheint, was er mit dem Zusatz ‚quanti uniuscujusque intersit' bezweckt und warum er das ‚quanti res erit' für bedenklich und Zweifel erregend betrachtet. Zugleich entsteht die Frage, ob nicht das quanti res erit mit der bisher vertheidigten Ansicht, daß die Caution nur auf rei restitutio gerichtet sei, entgegenstehe. Alle diese Fragen hängen eng unter einander zusammen und können nur durch die richtige Interpretation des §. 7. befriedigend beantwortet werden. Ehe wir diese Interpretation versuchen, mögen die Erklärungen der Gegner — denn sowohl die Anhänger der communis opinio als Ubbelohde berufen sich auf diese Stelle — betrachtet werden.

Karlowa (S. 87.) geht davon aus, daß Labeo nur von dem Fall spreche, wo jedem der mehreren Nuncianten cavirt sei. Im anderen Fall nämlich laute die

Caution wie gewöhnlich d. h. alternativ auf restituere oder qu. res est, und wenn sich dann der Stipulant bei der Klagerhebung für das Glied ‚qu. res est' entscheide, so würden diese Worte natürlich auf die Schätzung des ganzen opus, nicht auf das specielle Interesse dieses einzelnen in Vertretung der übrigen stipulirenden Nuncianten bezogen, wie Ulpian auch am Schluß der Stelle bestätige. Wenn aber jedem einzelnen Nuncianten cavirt sei, dann dürfe nach Labeo das zweite Glied der Alternative nicht auf qu. res est gehen, sondern auf qu. uniuscujusque interest, weil die Worte qu. res est leicht auf eine Schätzung des ganzen opus bezogen werden könnten.

Auch Ubbelohde (XVIII. S. 113. 114.) bezieht den von Labeo angerathenen Zusatz auf den Fall der den mehreren Nuncianten zu leistenden Caution und zwar der Caution auf qu. res est. Wenn beim Mangel einer Einigung die Nuncianten, also jeder einzelne, die Fassung auf qu. res est wählten, so könne es zweifelhaft werden, ob dann das Einzelinteresse eines jeden Stipulanten oder aber das Gesammtinteresse der Nuncianten am opus gemeint sei: es müsse deßhalb, sage Labeo, falls sie jener Fassung den Vorzug gegeben, die Beziehung des qu. res est auf das Interesse des einzelnen Stipulanten durch einen besonderen Zusatz ausgedrückt werden. Und nun füge Ulpian noch bei: hat man sich indessen über die Person des Stipulators geeinigt, so daß nur diesem allein cavirt worden ist, so läßt es sich sehr wohl rechtfertigen, daß der hier schlechthin gebrauchte Ausdruck qu. ea res erit auf das Gesammtinteresse der Nuncianten an der Wegräumung des opus bezogen werde.

Der Grundirrthum dieser beiden Erklärungen liegt in der Annahme, daß Labeo von dem Fall einer Sti-

pulation an jeden einzelnen Nuncianten spreche. Vielmehr geht derselbe von dem — nach §. 6. (curandum esse, uti uni caveatur) von ihm als regelmäßig eintretend vorausgesetzten — Fall der Caution an einen Nuncianten aus[100]). Der Beweis hierfür ist nicht schwer zu erbringen. Bei einer Cautionsleistung an jeden einzelnen Nuncianten kann natürlich der Einzelne, mag die Caution auf rei restitutio oder quanti res est lauten, immer nur sein specielles Theilinteresse, nicht das Gesammtinteresse erlangen[1]). Der Zweifel — nach

100) Daß mit dem Gegensatz von quanti uniuscujusque interest und qu. res est nicht der Gegensatz von subjectivem Interesse und objectivem Sachwerth gemeint sein kann, ist klar. Denn nicht nur ist überhaupt ein verschiedenes Interesse der Einzelnen schwer denkbar (vgl. Ubbelohde Untheilb. Oblig. S. 182. A. 77.), sondern es würden darauf auch die Worte ‚utrum ad *totius* corporis aestimationem haec verba referantur etc.' nicht passen Hätte Labeo den Zweifel im Sinn gehabt, daß unter qu. res est blos der objective Sachwerth verstanden werden könnte, während er wollte, daß das subjective Interesse berücksichtigt werden solle, so hätte er den Zweifel so ausgedrückt: utrum ad veram rei aestimationem haec verba referantur etc., nicht aber: utrum ad totius corporis aestim. etc Der Gegensatz zwischen qu. res est und qu. uniuscujusque interest kann also nur der zwischen dem Interesse des einzelnen Stipulanten und dem Interesse sämmtlicher Nuncianten sein.

1) Wie jeder von mehreren Miteigenthümern die actio confess. auf rei restitutio in solidum anstellen kann, aber doch schließlich bei condemn. pecun. nur sein Theilinteresse erhält, so kann auch aus der rei restitutionem continens stipul. ex o. n. n. jeder einzelne

der gegnerischen Annahme darin bestehend, daß vielleicht der Beklagte dem einzelnen Stipulanten in das Gesammtinteresse, in die aestimatio totius corporis, verurtheilt werde — wäre eines Labeo sehr unwürdig. Ja, es wäre nach jener Annahme nicht einmal beim Zweifel geblieben: die blose Zweifelhaftigkeit würde durch den Zusatz ‚quanti uniuscujusque interest' in die Gewißheit des Gegentheils verwandelt. Das quanti res est kann wenigstens vom Theilinteresse des einzelnen Stipulanten verstanden werden, bei dem quanti uniuscujusque interest ist das geradezu unmöglich: dieser Ausdruck ist ja nicht identisch mit quanti ejus interest, qui stipulatur, sondern bezeichnet gerade das Gesammtinteresse aller Einzelnen und ist gleichbedeutend mit quanti omnium interest. Danach würde, wenn jedem einzelnen Nuncianten so cavirt würde, jeder die volle aestimatio erlangen! Und das sollte gerade das sein, was Labeo herbeiführen wollte? — Dazu kommt, daß die Gegner sich gezwungen sehen, Ulpian am Schluß der Stelle von einem ganz anderen Fall sprechen zu lassen als Labeo. Ulpian spricht von der infolge der Uebereinkunft der

Stipulant zwar die Klage in solidum erheben, ohne daß ihm aber bei condemn. pecun. der Beklagte in die aestimatio des ganzen opus verurtheilt wird; wenn aber sogar dann, falls das Versprechen auf das untheilbare restituere gerichtet ist, das qu. res est bei condemn. pecun. nur auf das Theilinteresse geht, so muß das umsomehr dann der Fall sein, wenn das Versprechen von vornherein auf das theilbare qu. res est lautet, eine Verurtheilung des Beklagten in die aestimatio totius corporis auf die Klage eines der Stipulanten hin ist nicht möglich.

Nuncianten an einen von ihnen geleisteten Caution, Labeo soll von der Cautionsleistung an mehrere Nuncianten sprechen. Wie passen aber dazu die Worte: ego puto, et si sic fuerit uni cautum: ‚quanti ea res erit‘ defendi posse, stipulationem sufficere, ad operis enim quantitatem ea refertur? Wenn Ulpian hier sagt, seiner Ansicht nach genüge die Fassung quanti res est und es lasse sich das vertheidigen, weil diese Worte auf das ganze opus bezogen würden, so müssen nach Labeo's Auffassung diese Worte offenbar ungenügend sein. Nach der Ansicht der Gegner über die Meinung Labeo's wären aber die Worte qu. res est nicht ungenügend gewesen, sondern hätten zu viel umfaßt: sie hätten sich auch nach ihm ad totius corporis aestimationem bezogen, wie sie sich nach Ulpian ad quantitatem operis beziehen. Und da soll Ulpian sagen: es lasse sich auch bei der Caution auf qu. res est vertheidigen, daß die Stipulation genüge! Gegen wen vertheidigt er das? Gegen Labeo, der nach den Gegnern den Worten diese Tragweite selbst beilegt und der nach den Gegnern deßhalb die Fassung auf qu. res est vermeiden will? Undenkbar. Um die Auffassung, bei welcher Labeo ein Vorwurf trifft, aufrecht zu erhalten, greift man zu einer Auffassung, die wieder für Ulpian einen Vorwurf begründet. Hätte Labeo wirklich von dem Fall verschiedener den einzelnen Nuncianten geleisteten Cautionen sprechen und sagen wollen, das qu. res est sei zu weit, weil dann der einzelne klagende Stipulant die ganze aestimatio erhalte, dann hätte Ulpian, wenn er den Fall der Cautionsleistung an einen Nuncianten in Vertretung der übrigen im Sinn gehabt hätte, offenbar sagen müssen: „wenn aber einem einzigen Nuncianten

cavirt wird, dann muß die Caution auf qu. res est abgeschlossen werden, die Caution auf id quod ejus interest qui stipulatur genügt dann nicht, weil es sich hier nicht um das Interesse des zufällig Stipulirenden, sondern um das Gesammtinteresse aller Nuncianten, um die aestimatio totius corporis handelt." Nicht aber konnte er dann sagen: „es genügt auch die Stipulation auf quanti res est" [2]).

Danach haben also Labeo und Ulpian den gleichen Fall im Auge, den Fall, daß einem der Nuncianten cavirt ist. Worin besteht nun die Differenz der Ansichten beider Juristen, warum will Labeo den Zusatz qu. uniuscujusque interest und weßhalb erregt ihm die Fassung qu. res est ein Bedenken, und warum weist Ulpian dieses Bedenken als unbegründet und den Zusatz qu. uniuscujusque interest als unnöthig zurück? Nach l. 21. §. 4. 5. h. t. geht die Stipulation auf rei restitutio, und in §. 6. wird kein anderer Inhalt der Stipulation erwähnt. Aber Labeo meint, es sei zu dem gewöhnlichen Inhalt der Stipulation, also auf restituere, ein Zusatz nöthig, und zwar soll derselbe auf qu. uniuscujusque interest, nicht auf qu. res est lauten. Denn bei der Fassung auf qu. res est könnte man zweifeln, ob das qu. res est wirklich, wie dies

2) Auch die Wortfassung zeigt, daß Ulpian nicht von einem anderen Fall als Labeo sprechen will und daß der Gegensatz nicht der der Stipulation an die einzelnen Nuncianten und an einen allein, sondern der der Stipulation auf qu. uniuscujusque interest und auf qu. res est ist; denn er sagt nicht, wie es bei der Hervorhebung jenes Gegensatzes gewiß heißen würde: et si *uni* sic fuerit cautum etc., sondern et si *sic* fuerit uni cautum.

bei der an einen Nuncianten als den Vertreter Aller geleisteten Caution nothwendig ist, auf das Gesammtinteresse Aller bezogen werde oder ob nicht vielmehr haec verba referantur ad id quod ejus interest qui stipulatur, also von einem Theilinteresse, dem subjectiven Interesse des Stipulanten und Klägers, verstanden werden. Dieses Bedenken ist insofern gerechtfertigt, als das qu. res est regelmäßig aus der Person des Klägers beurtheilt wird und man daher denken kann, daß, wie bei der actio confessoria eines Miteigenthümers so hier bei der actio ex stipulatu des in Vertretung der übrigen Nuncianten Stipulirenden die aestimatio ad id quod ejus interest qui agit revocatur (l. 4. §. 3. si serv. vind. 8. 5). Beide Ausdrücke, quanti uniuscujusque interest und quanti res est, können das Gesammtinteresse bezeichnen: bei dem ersteren ist das ganz unzweifelhaft, es bildet den Gegensatz zu dem qu. ejus interest qui stipulatur, aber auch unter dem qu. res est kann der Fassung nach das Gesammtinteresse verstanden werden. Aus dem eben angeführten Grund erscheint jedoch letzteres dem Labeo weniger zweifellos als ersteres: es bleibt dabei nach ihm doch noch der Zweifel, ob dies wirklich auf das Gesammtinteresse bezogen werde, wie es doch der Zweck der an den einen Nuncianten allein geleisteten Caution erheischt, oder ob nicht wie sonst das Interesse aus der Person des Klägers, des zufällig Stipulirenden, beurtheilt werde. Also Labeo befürchtet nicht, wie die Gegner meinen, daß das qu. res est von dem Gesammtinteresse verstanden werde — was in der That bei der Stipulation an jeden einzelnen Nuncianten nicht möglich wäre —, sondern er befürchtet, daß es nicht so

verstanden werde, und darum will er statt des zweideutigen Ausdrucks qu. res est, der das Gesammtinteresse wie das Einzelinteresse bezeichnen kann, die unzweideutige Fassung qu. uniuscujusque interest, die also nicht, wie die Gegner wollen, von dem Einzelinteresse ejus qui stipulatur, sondern von dem Gesammtinteresse aller Nuncianten zu verstehen ist. Gegen diesen Zweifel aus der Fassung auf qu. res est ist die Bemerkung Ulpian's gerichtet: er glaubt, daß zu diesem Zweck auch die Fassung auf qu. res est vollständig genüge und daß die besondere Fassung auf qu. uniuscujusque interest überflüssig sei, da jenes in dem Fall, wo einem Nuncianten in Vertretung der übrigen cavirt werde, nicht auf das Interesse ejus qui stipulatur, nicht auf das Theilinteresse des Klägers, sondern auf die quantitas operis, auf das Gesammtinteresse aller Nuncianten bezogen werde.

Spricht nun aber nicht die l. 21. §. 7. cit. auch bei dieser Interpretation gegen unsere Annahme, daß die Stipulation lediglich auf rei restitutio gelautet habe? Die Worte Labeo's ‚ceterum si ita fuerit cautum: quanti ea res erit etc.' sowie der Ausspruch Ulpian's am Ende weisen mit zwingender Nothwendigkeit darauf hin, daß beide Juristen das Vorkommen des Ausdrucks quanti res est bei der cautio ex o. n. n. voraussetzen. Aber damit ist noch nicht gesagt, in welcher Weise das qu. res est in der Stipulation vorkam. Da nun nach den frühern Ausführungen feststeht, daß weder die alternative Fassung noch das zwiefache Formular der Stipulation[3]) möglich ist, so bleibt nur die Möglichkeit, daß

3) In unserer Stelle könnte dies nur das Formular auf qu. res est sein, und dagegen spricht gerade, daß

die Formel statt einfach auf restitui auch so lauten konnte: restitui *et* si restitutum non erit, qu. ea res erit — oder wie Labeo in diesem speciellen Fall will qu. uniuscujusque intersit — tantam pecuniam dari. Diese Fassung hat aber in der That nichts auffallendes und unterscheidet sich materiell in nichts von der sonst überall allein erwähnten einfachen Fassung auf restitui: es wird auch hier principaliter allein die restitutio versprochen und nur zugleich der eventuelle secundäre Inhalt einer jeden Obligation, das Interesse, noch ausdrücklich hervorgehoben. Auch ohne diesen Zusatz ist in dem Versprechen der Restitution die eventuelle Verpflichtung zur Leistung des Interesses bei nicht erfolgender Restitution mit enthalten, und nur weil Labeo dieses Interesse als das Gesammtinteresse aller Nuncianten genauer bezeichnet haben will, verlangt er den Zusatz ‚quanti uniuscujusque intersit', während dem Ulpian auch die Fassung ‚restitui et si rest. n. erit, qu. ea res erit etc.' als genügend erscheint, wie es zu diesem Behufe — daß der in Vertretung der übrigen stipulirende Nunciant die aestimatio totius corporis erhielte — unzweifelhaft auch genügen würde, wenn die Stipulation einfach auf rei restitutio abgeschlossen wäre. Davon, daß die Stipulation alternativ auf restitui aut qu. res est gelautet habe und daß der Stipulant nach seiner Wahl auf das eine oder das andere habe klagen können, ist in der Stelle keine Rede [4]).

dann nicht von einem adjicere in stipul.^e, sondern nur von einem mutare stipul.^em die Rede sein könnte.

4) Das si hoc maluerint kann sich offenbar nur darauf beziehen, daß die mehreren Nuncianten, die sich über die Person dessen, dem cavirt werden soll, geeinigt

Daß aber in Wirklichkeit zwischen dem von uns angenommenen Fall, wo cavirt ist ‚restitui et si rest. n. erit, qu. ea res erit etc.'. und zwischen den beiden von Karlowa und Ubbelohde angenommenen — restitui aut si rest. n. erit, qu. ea res erit und si restit. n. erit, qu. ea res erit — eine große Verschiedenheit besteht und daß die erstere Fassung materiell ganz identisch ist mit der einfach auf restitui lautenden Stipulation, bedarf kaum einer besondern Darlegung[5]).

haben, auch über die Fassung der Stipulation selbst sich dahin einigen können, daß statt qu. res est cavirt werden soll qu. uniuscujusque interest, um eben dadurch nach Labeo's Meinung in Bezug auf die Erlangung des Gesammtinteresses gesichert zu sein. Unmöglich kann damit gesagt sein sollen, daß der eine Nunciant, dem cavirt ist, nun die Wahl zwischen der Klage auf restitutio und auf das Interesse habe. Viel eher würde dazu die Ansicht von Ubbelohde passen, daß die Nuncianten die Wahl zwischen zwei Formularen hätten, wenn nicht diese Ansicht aus andern Gründen unhaltbar wäre. — Zugleich zeigt aber dieser Plural wieder, daß Labeo den Fall der Cautionsleistung an einen einzigen Nuncianten im Auge hat: denn wenn keine Einigung der Nuncianten erfolgt und infolge davon jedem einzelnen Nuncianten cavirt werden muß, so steht eben jedem einzelnen Nuncianten die Befugniß zu, darüber zu entscheiden, wie er sich caviren lassen will und von einer gemeinsamen Entschließung ist dann nicht mehr die Rede. — Verfehlt ist die Erklärung des Plurals, die Karlowa (S. 88) giebt.

5) Wenn versprochen ist: quanti res est, nisi restituas (zweites Ubbelohde'sches Formular), so ist das restituere nur in conditione, nicht in obligatione, es kann also nur auf das theilbare quanti res est ge-

67. Durch die bisherigen Ausführungen dürfte der Beweis erbracht sein, daß die cautio ex o. n. n. lediglich auf restitui oder was dem gleichsteht, auf restitui et si restit. non erit, qu. ea res erit gerichtet ist.

Aus den diesen Satz beweisenden Gründen ergiebt sich aber zugleich, daß die Ansicht Schmidt's (a. a. O. VIII. S. 23. ff. IV. 217. ff.) und Anderer (z. B. Schirmer Prätor. Judicialstip. S. 89. Stölzel S. 107.), die cautio ex o. n. n. sei eine anticipirte c. judicatum solvi, also im Wesentlichen mit ihr identisch, nicht richtig sein kann. Denn wenn in l. 2. de stip. praet. die cautio ex o. n. n. als rei restitutionem continens der c. judic. solvi als incertam quantitatem continens entgegengesetzt wird und wenn in Bezug auf die erstere Art von Stipulationen sowohl in Bezug auf das Object, auf welches die Klage gerichtet ist als in Bezug auf die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der aus

klagt werden und es kommen die Grundsätze über theilbare Obligationen auf quanti res est zur Anwendung, wie sie in l. 2. §. 2. de stip. praet. entwickelt sind. — Lautet das Versprechen alternativ mit Wahlrecht des Gläubigers, so ist dem Beklagten die Möglichkeit, durch Vornahme der Restitution der Leistung des Interesses zu entgehen, dann entzogen, wenn einmal auf das Interesse geklagt ist. — Die Stipulation auf rem restitui et si restitutum non erit, quanti ea res erit etc. hingegen, wobei der principale Inhalt der Obligation gerade das untheilbare restituere ist, unterscheidet sich in nichts von dem einfachen Versprechen der rei restitutio: der Stipulant hat die Klage auf restituere und es gelten alle Grundsätze der untheilbaren Obligationen.

den verschiedenen Arten der Stipulationen hervorgehenden Obligationen ganz andere Grundsätze gelten als bei der letzteren Art, so kann unmöglich eine Stipulation, die der einen Classe angehört, mit der als Repräsentantin der andern Klasse genannten Stipulation identisch sein. Man wird daher Rudorff (a. a. O. S. 146.), der diese Ansicht von der Identität beider Cautionen bekämpft, zustimmen müssen, wenn auch theilweis aus andern Gründen.

Bevor wir den Beweis für die Verschiedenheit beider Cautionen antreten und die Widerlegung der von den Gegnern vorgebrachten Gründe unternehmen, ist eines Unterschieds zu gedenken, der vielleicht zur Klärung der Ansichten beiträgt, des Unterschieds zwischen derjenigen Caution, die vom Nunciaten im Remissionsverfahren vor Ertheilung des Remissionsdecrets geleistet werden muß — einer Caution, deren Nothwendigkeit freilich von allen Andern außer Schmidt nicht anerkannt wird — und zwischen der außergerichtlichen *cautio ex o. n. n.* Es ist früher entwickelt worden, daß die Ansicht Schmidts, es erfolge das bedingte Remissionsdecret nur nach vorgängiger Cautionsleistung, vollkommen richtig ist. Aus dem zur Unterstützung und Bestätigung dieser Ansicht Ausgeführten, insbesondere aus dem über die translatio possessionis Bemerkten hat sich mit Evidenz ergeben, daß diese im Remissionsverfahren zu leistende Caution nichts anderes ist als eine wahre c. judic. solvi, das Versprechen, dem im Remissionsinterdictenproceß gefällten Judicat Genüge zu thun. Wie ohne vorausgegangene o. n. n. mit der actio confess. oder neg. geklagt und die Erfüllung des Judicats durch Caution gesichert wird, so findet hier Klage aus dem

Remissionsinterdict und Sicherung des Urtheils durch Caution statt: beide Cautionen lauten auf qu. res est, da das Judicat, dessen Erfüllung sie versprechen, auf eine Geldsumme geht, und wenn infolge des Eintritts der Bedingung des Verfalls das Urtheil zu Gunsten des Klägers gefällt ist, so hat er die Wahl zwischen Anstellung der actio judicati und der actio ex stipulatu auf Erfüllung des Urtheils[6]). Die actio ex stipulatu dient hier nicht dazu, das der act. confess. oder dem Remissionsinterdict zu Grund liegende jus prohibendi geltend zu machen, sondern dazu, die Erfüllung des Judicats durchzusetzen, sie geht nicht parallel der act. conf. oder dem Remissionsinterdict, sondern der actio judicati. Insofern geht also Schmidt's Annahme von der Identität beider Cautionen von einem richtigen Gedanken aus, aber die Identität ist zu beschränken auf den Fall der gerichtlichen cautio ex o. n. n. Bei der das Remissionsdecret vertretenden außergerichtlichen cautio ex o. n. n. liegt die Sache ganz anders. Sie ist zwar mit der im Remissionsverfahren geleisteten Caution und somit mit der c. judic. solvi verwandt, insofern als ihr Ursprung auf jene zurückzuführen ist[7]), aber nachdem einmal der außergerichtlichen Caution die gleiche Bedeutung wie dem Remissionsdecret beigelegt worden ist, hat sie ihre eigenen Wege eingeschlagen und unterscheidet sich in wesentlichen Beziehungen von der c. judic. solvi.

Die c. judic. solvi begründet eine theilbare Obli-

6) Vgl. l. 38. §. 2. de solut. 46. 3.

7) Dieser Ursprung macht sich noch in den drei Clauseln de re judic., de re defend., de dolo bemerklich, vgl. Ziff. 68.

gation auf qu. res est, die cautio ex o. n. n. eine untheilbare Obligation auf rei restitutio. — Die Klage aus der c. jud. solvi geht lediglich auf qu. res est und steht in electivem Verhältniß mit der actio judicati, so daß bei jener so wenig wie bei dieser ein restituere noch vorkommen kann, wenn auch die ursprüngliche Klage, deren Erfolg sie sichern soll, auf restituere gerichtet war; die Klage aus der cautio ex o. n. n. hingegen geht lediglich auf restituere und steht insofern der act. confessoria gleich. — Die c. jud. solvi begründet keine selbständige von dem bereits angestellten Proceß unabhängige Verbindlichkeit, sondern sichert nur die durch die litis contestatio entstehende obligatio judicatum solvi und setzt daher für ihren Bestand die wirklich erfolgte litis contestatio voraus; die Verpflichtung aus der cautio ex o. n. n. hingegen ist eine ganz selbständige von der litis contestatio in einem bestimmten Proceß unabhängige und unterscheidet sich nicht von einem andern Versprechen der Restitution.

Diese Verschiedenheiten äußern im Nähern ihre Wirkungen dahin:

Aus der c. jud. solvi haften die Erben des ursprünglichen Beklagten — wenn sie überhaupt haften d. h. wenn von ihrem Erblasser lis contestirt war — stets nur pro parte auf qu. res est; die Erben des die cautio ex o. n. n. Leistenden hingegen haften zunächst in solidum auf rei restitutio und im Fall der Nichtrestitution auf die aestimatio, so daß jeder mit der act. ex stipul. im vollen Umfang belangt werden kann, und nur dann, wenn die Klage schon gegen ihren Erblasser angestellt und von diesem lis contestirt war, ist die bereits bei Lebzeiten ihres Erblassers aus der

untheilbaren Obligation auf rei restitutio durch litis contestatio zu einer theilbaren Obligation auf qu. res est gewordene Verpflichtung unter die mehreren Erben getheilt, während beim Tod des Caventen vor der litis contestatio die Caution als untheilbare Verpflichtung für die mehreren Erben bestehen bleibt.

Die cautio ex o. n. n. verwandelt die generelle Verpflichtung, nicht gegen das Verbot zu bauen, aus deren Verletzung der Contravenient auf restitutio operis ohne Rücksicht auf das materielle Recht verpflichtet wird, in eine dem Nunciaten und dessen Successoren obliegende Pflicht, das gegen das materielle Recht von ihnen Gebaute zu restituiren; die aus diesem Versprechen hervorgehende Pflicht zur Restitution ist eine selbständige, welche neben die aus der Verletzung des dinglichen Rechts entstehende und durch die actio confess. geltend zu machende Restitutionspflicht tritt. Die c. judic. solvi hingegen tritt accessorisch zu einer Verpflichtung hinzu und zwar nicht zu der mit der act. confess. geltend zu machenden Verpflichtung aus der Verletzung des dinglichen Rechts, sondern zu der Verpflichtung aus der litis contestatio, welche an die Stelle jener getreten ist[8]). Es ist also das, was hier durch die c. judic. solvi oder richtiger durch die litis contestatio verwandelt wird, die infolge der Verletzung des dinglichen Rechts bereits bestehende Verpflichtung zur Restitution, welche durch die litis contestatio in die mit c. judic. solvi gesicherte Verpflich-

8) Denn die c. judic. solvi wird, auch wenn sie vor der litis contest. geleistet wird, doch mit Bezug auf dieselbe geleistet und das Bestehenbleiben der Caution setzt die Vornahme der litis contest. in diesem Proceß voraus.

tung zur Leistung von quanti res est verwandelt ist, während bei der cautio ex o. n. n. die verwandelte alte Obligation die Verpflichtung nicht zu bauen war, die erst durch die Caution in die Verpflichtung zur Restitution verwandelt ist. Das Verhältniß der durch die c. judic. solvi und durch die cautio ex o. n. n. begründeten Verpflichtungen und der Klagen daraus ist also ein ganz verschiedenes. Die c. judic. solvi begründet die Verpflichtung das Judicat zu zahlen, eine Obligation neben der obligatio judicati mit dem gleichen Inhalt (judicatum solvi oder qu. res est), behufs dessen Realisirung der Berechtigte zwei Klagen hat, die actio ex stipulatu und die actio judicati; die cautio ex o. n. n. begründet die Verpflichtung zur Restitution, eine Obligation neben der Verpflichtung aus der Verletzung des dinglichen Rechts mit dem gleichen Inhalt (opus restitui) und der Berechtigte kann den Anspruch geltend machen mit actio ex stipulatu und mit actio confessoria. Wenn aber sonach die Verpflichtung aus der c. judic. solvi der obligatio judicati auf qu. res est, die Verpflichtung aus der cautio ex o. n. n. hingegen der aus der Verletzung des dinglichen Rechts erwachsenen Verpflichtung auf rei restitutio parallel geht, und die actio ex stipul. judic. solvi parallel der actio judicati, die actio ex stipul. ex o. n. n. hingegen parallel der actio confessoria, so kann unmöglich die außergerichtliche cautio ex o. n. n. mit der c. judic. solvi identisch sein.

Die gegnerischen Gründe können diesen Beweis nicht entkräften.

Darauf, daß beide Cautionen als stipulationes praetor. judiciales, die ein wirklich vorhandenes Klag-

recht sicher stellen sollen (ut ratum fiat judicium), bezeichnet werden (l. 1. §. 1. de stipul. praet.), wird man ein besonderes Gewicht nicht legen wollen, da ja der cautio ex o. n. n. auch bei unserer Auffassung die Eigenschaft, den Erfolg des Judiciums zu sichern, zukommt und aus einer Uebereinstimmung beider Cautionen in Bezug auf ihren materiellen Zweck noch nicht eine Gleichheit der sonstigen Grundsätze folgt. In der That sind es hauptsächlich auch nur zwei Gründe, auf welche die Behauptung der Identität beider Cautionen gestützt wird: der gleiche Gegenstand, welcher bei beiden und die Uebereinstimmung der drei Fälle, für welche in beiden versprochen werde [9]). Da von diesen beiden Gründen der erste durch die bisherigen Ausführungen als nicht zutreffend nachgewiesen worden ist, so bleibt nur der zweite Grund, die Folgerung aus der Uebereinstimmung der drei Clauseln, zu widerlegen. Damit kommen wir auf den dritten Punct, mit dem sich dieser Paragraph zu beschäftigen hat, auf die Frage nach den Bedingungen des Verfalls der Stipulation.

68. 3. Wenn es in l. 6. jud. solvi 46. 7. heißt:

> Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet: de *re judicata*, de *re defendenda*, de *dolo malo*.

und in l. 21. §. 2. h. t.:

> Habet autem ista stipulatio (ex o. n. n.) conditionem, ut ita demum committatur, *si judicatum fuerit* sive ante rem judicatam causa quae acciderit *neque res defendatur:* et de *dolo malo* subjicitur clausula.

9) Vgl. Schmidt a. a. O. VIII. 25. IV. 218.

so ist allerdings die Uebereinstimmung beider Cautionen in dieser Beziehung nicht zu verkennen. Zunächst muß aber bemerkt werden, daß die clausula de re judicata doch in beiden Fällen einen etwas verschiedenen Character hat. Die c. judic. solvi ist das Versprechen der Erfüllung des Urtheils, die cautio ex o. n. n. ist ein Versprechen unter der Bedingung des Urtheils, das Versprechen selbst geht aber nicht auf Erfüllung des Urtheils, der condemnatio pecuniaria, sondern auf restitutio operis, wenn es auch dabei schließlich zur condemnatio pecuniaria und zum Judicat i. e. S. kommt. Die Bedingung si res judicetur bei der cautio judicatum solvi ist eine conditio juris: wenn die Erfüllung des auf Geld lautenden Urtheils versprochen wird, ist die Voraussetzung für den Verfall des Versprechens natürlich das Urtheil auf Geld[10]). Bei der cautio ex o. n. n. hingegen ist das si res judicetur wahre selbständige Bedingung für den Verfall der Stipulation auf

10) Hätte das Versprechen seiner Fassung nach auf ‚judicatum solvi' gelautet, so wäre natürlich die Bedingung si res judicetur nicht zugefügt worden. Es geschah dies nur deßhalb, weil das Versprechen auf quanti res est lautete. Da aber dieses quanti res est gerade die Judicatssumme ist, so ist die cautio judic. solvi auch in dieser Fassung doch das Versprechen judicatum solvi und zwischen dem auf judicatum solvi und dem auf quanti res est, si res judicetur gefaßten Versprechen besteht lediglich eine formelle, nicht eine materielle Verschiedenheit. — Daß die letztere Fassung gewählt wurde, erklärt sich daraus, daß die Leistung des qu. res est nicht blos für den Fall des Judicats, sondern auch für den Fall des non defendere und des dolus versprochen werden sollte, welche Fälle in der Fassung auf judicatum solvi nicht mit umfaßt gewesen wären.

rei restitutio. Außerdem ist, wie sich später zeigen wird, das si res judicetur hier bei der cautio ex o. n. n. nicht identisch mit dem si res judicetur der c. judic. solvi: es bedeutet hier nicht, wie bei der c. judic. solvi, die eigentliche Endsentenz, die condemnatio pecuniaria, sondern vielmehr nur die Anerkennung des die eigentliche Bedingung des Verfalls der cautio ex o. n. n. bildenden jus prohib. durch den Richter[11]).

Wie erklärt es sich also bei unserer Annahme von der durchgreifenden Verschiedenheit der cautio ex o. n. n. und der c. judic. solvi, daß wir — abgesehen von der eben hervorgehobenen Verschiedenartigkeit der clausula de re judicata — bei der ersteren dieselben drei Clauseln finden wie bei der letzteren? Schon früher ist bemerkt worden, daß an und für sich der Nunciat, der statt einen Remissionsantrag zu stellen, sich durch außergerichtliche Caution von dem Bann der o. n. n. befreien wollte, einfach versprochen haben wird, er wolle, falls dem Nuncianten ein jus prohib. zustehe, das opus restituiren. Die Bedingung für den Verfall der Stipulation ist also die Existenz des jus prohib. Dieses jus prohib. ist aber rechtlich so gut wie nicht vorhanden, wenn es nicht bewiesen und vom judex als existent anerkannt wird. Es ist daher gerechtfertigt, wenn die Jurisprudenz die Bedingung statt ‚si jus tibi sit prohibendi‘ genauer dahin formulirt: ‚si res judicetur‘. An dem Character der Bedingung ändert natürlich diese andere Formulirung nichts: die Bedingung ist immer die Existenz des jus prohibendi, nur tritt in dieser Fassung schärfer hervor, daß das jus prohib. rechtskräftig an-

11) Vgl. unten Ziff. 70. bei Anm. 25.

erkannt sein muß. Somit erklärt sich die clausula de re judicata sehr einfach.

Aber auch für die claus. de re defendenda und de dolo ist die Erklärung nicht schwer. Man muß nur festhalten, daß die cautio ex o. n. n. der prätorischen Remission gleichstehn und diese ersetzen soll und zwar nicht blos einseitig zu Gunsten des Nunciaten, und daß die außergerichtliche Caution aus der im Remissionsverfahren zu leistenden c. judic. solvi — bei welcher auch das gehörige defendere und die Abwesenheit des dolus, bezüglich unter der Bedingung des non defendere und des dolus die Leistung von qu. res est, versprochen wurde — hervorgegangen ist. Da nun bei der außergerichtlichen cautio ex o. n. n. der Nunciant dasselbe Interesse am gehörigen defendere und an der Abwesenheit des dolus hatte, so wollte man, indem ja der Nunciat die Vereitelung des Remissionsdecrets durch außergerichtliche Cautionsleistung in der Hand hatte, dem Nunciauten dieselbe Sicherheit, wie wenn es zum Remissionsdecret gekommen wäre, auch in dieser Beziehung geben. Daher soll die Verpflichtung des Caventen, den Gegenstand des Versprechens zu leisten, in denselben Fällen eintreten wie dort d. h. in denselben Fällen wie bei der c. judic. solvi.

Wenn nun aber auch aus diesem Grund die Bedingungen des Verfalls beider Cautionen im Wesentlichen gleich sind, so ist damit doch an der Verschiedenheit des Inhalts beider nichts geändert: beide verfallen in den nämlichen drei Fällen, aber die c. judic. solvi verfällt auf qu. res est, die cautio ex o. n. n. auf rei restitutio. Mit der Gleichheit der tres clausulae ist also nicht die Identität beider Cautionen erwiesen.

§. 1673 c.

b. Verfahren nach geleisteter Caution.

69. Bis jetzt haben wir von der Leistung der cautio ex o. n. n. selbst, ihrem Gegenstand und den Bedingungen ihres Verfalls gesprochen. Es bleibt nunmehr noch die Frage, wie sich das Verfahren nach geleisteter Caution gestaltet.

Von den meisten Schriftstellern wird es als ganz selbstverständlich betrachtet, daß nach der Cautionsleistung der Nunciant mit der *actio confessoria* oder *negatoria* gegen den Caventen auftrete und dann, wenn er in diesem Vorproceß ein obsiegliches Urtheil davon getragen, mit der *actio ex stipulatu ex o. n. n.* gegen den verurtheilten Beklagten von Neuem klage. Eingehender hat sich mit der Frage, ob aus der cautio ex o. n. n. gleich mit der Stipulationsklage geklagt werden könne oder ob erst im dinglichen Vorproceß das jus prohib. festgestellt sein müsse, nur Schirmer (die prätor. Judicialstipul. S. 68 ff.) — unter Bekämpfung der Ansicht Wetzell's (der röm. Vindicationsproceß) von dem sog. formgebenden Character der c. judic. solvi — beschäftigt. Auch er entscheidet sich für die letztere Ansicht. Dagegen stellt Puchta (Curs. d. Inst. II. §. 168. Kleine civil. Schr. S. 529.) die Behauptung auf, daß die cautio ex o. n. n. nicht blos zur materiellen Sicherheit des Nuncianten, sondern auch zur Einleitung des Processes über das jus prohibendi gedient habe. Diese Ansicht dürfte die allein richtige sein.

Daß zunächst die volle Identität der cautio ex o. n. n. und der c. judic. solvi, die Schirmer wie

Wetzell annimmt, nicht vorhanden ist, kann nach dem Bisherigen nicht zweifelhaft sein. Beide sind zwar prätorische Judicialstipulationen, ohne daß aber, wie Schirmer S. 68. will, eine völlige Analogie aller Verhältnisse stattfindet. Wenn daher auch zugegeben werden muß, daß die c. judic. solvi nicht im Sinne Wetzell's formgebend ist[12]), so folgt daraus an sich

12) Gegen die Auffassung Wetzell's spricht vor Allem, was Gajus IV. 89. über den Zweck dieser Caution sagt: sie sei interponirt, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis. Das kann nur heißen: wenn Kläger sein Recht bewiesen hat und Beklagter auf das arbitr. de restit. die Sache nicht restituirt noch auch bei dann erfolgender condemn. pecun. die aestimatio leistet, so kann der Kläger die act. ex stipul. gegen den Beklagten oder die Bürgen anstellen. Diese Klage ist also auf Erfüllung des Judicats, auf Zahlung der Judicatssumme, gerichtet und steht alternativ neben der act. judicati, wie dies auch Paulus R. S. V. 9. §. 3. und l. 38. §. 2. de solut. 46. 3. ausdrücklich bestätigen. Nach Wetzell aber wäre das unmöglich: wenn die act. ex stipul. gerade die Klage wäre, infolge deren es zum Judicat kommt, so könnte nicht alternativ neben der act. judic. noch die act. ex stipul., die ja durch litis contest. consumirt wäre, zustehen. Vgl. auch Schirmer S. 77. — Damit ist aber, wie gesagt, gegen obige Auffassung der cautio ex o. n. n. nichts bewiesen. Es hat sich im Gegentheil früher schon gezeigt, daß die Klage aus der stipul. ex o. n. n. nicht alternativ neben der act. judic. zustehen kann, weil beide Klagen auf ganz verschiedenes gerichtet sind, so daß das eben für die c. jud. solvi Nachgewiesene vielmehr wieder ein Beweis für die Verschiedenartigkeit dieser beiden Cautionen ist.

noch nicht ohne Weiteres, daß dies nicht bei der cautio ex o. n. n. der Fall sei. Es soll aber gar nicht behauptet werden, daß ohne die cautio ex o. n. n. ein rechtlichen Bestand habendes Verfahren nicht möglich gewesen sei, sondern nur, daß, wenn einmal die außergerichtliche cautio ex o. n. n. geleistet war, mit der Klage aus dieser Caution geklagt und in diesem Proceß zugleich der Beweis des jus prohib. geführt wurde, und daß nicht erst ein mit actio confess. oder negatoria einzuleitender Vorproceß stattfand, nach dessen Beendigung erst dem Nuncianten die Möglichkeit gegeben wäre, mit der actio ex stipulatu auf Erfüllung des Versprechens zu klagen.

Bei der Annahme eines Vorprocesses steht man vor der Alternative, entweder diesen Vorproceß mit einer blosen pronunciatio enden zu lassen oder aber einen gewaltigen Umweg bezüglich eine unzulässige Wiederholung anzunehmen. Daß nun im Vorproceß blos über das jus prohibendi erkannt worden und es nicht zur endgiltigen Feststellung der aestimatio gekommen sei, wird von den Gegnern nicht behauptet und Schirmer (S. 82.) verwahrt sich ausdrücklich gegen diese Annahme: „so lange die beiden als Vorklagen bezeichneten Actionen, die actio confess. und negatoria, ihre Natur nicht ganz veränderten, konnten sie nur in einer Condemnation oder Absolution endigen.“ Danach kommt es im Vorproceß beim Beweis des jus prohib. zur condemnatio pecuniaria, nachdem vorher ein arbitr. de restit. erlassen worden. Dann würde aber die Annahme, daß die act. ex stipulatu erst nach diesem Urtheil im Vorproceß angestellt werden könne, nur in dem Fall einen Sinn haben, wenn die cautio ex o. n. n. ausschließlich auf quanti res est lautete und somit wie

die c. judic. solvi dazu bestimmt wäre, eine der obligatio judicati gleichstehende Obligation zu begründen; welchen Sinn aber bei dieser Annahme das zwiefache Formular, sowie die alternative Fassung der cautio ex o. n. n. haben sollte, wäre nicht einzusehen, da doch die Judicatsobligation auf quanti res est nicht mit der Klage auf Restitution geltend gemacht werden kann. Nun ist aber nach unseren früheren Ausführungen der Inhalt der Caution lediglich die rei restitutio. Das Resultat bei der Annahme eines Vorprocesses würde also das sein: im Vorproceß ist das arbitr. de restit. erlassen, Beklagter ist dem nicht nachgekommen — denn wenn er gehorcht, ist ja die ganze Sache erledigt und von einer act. ex stipul. überhaupt nicht mehr die Rede — und daher in Geld verurtheilt worden; nun soll der Beklagte nochmals mit der act. ex stipul. auf Restitution belangt werden, damit es nochmals zu einem arbitr. de restit. komme und, da Beklagter jetzt nicht mehr als früher zum Gehorsam geneigt sein wird, nochmals die Verurtheilung in eine Geldsumme ausgesprochen werde, welche doch schon im Vorproceß endgiltig und unabänderlich festgestellt wäre. Wozu dieser Umweg, wozu nochmalige Klage auf das, was schon mit der act. confess. oder neg. geltend gemacht worden, um schließlich wieder dasselbe Resultat herbeizuführen, welches schon auf jene Klage hin erreicht worden ist[13])? Ja,

13) Noch sonderbarer wird die Annahme eines Vorprocesses bei der Ansicht derjenigen, welche, wie z. B. Karlowa, den Nuncianten durch die cautio ex o. n. n. nicht wegen des vor der o. n. n. Gemachten gesichert sein lassen und daher bei Anstellung der act. confess. die Leistung einer c. judic. solvi verlangen:

die Gegner gehen mit der Ansicht, daß der Nunciant auch nach geleisteter Caution auf das ihm zustehende gewöhnliche Rechtsmittel beschränkt und also ein Vorproceß nothwendig sei, so weit, daß sie in den Fällen, wo die Stipulation dem Nuncianten erst ein Klagrecht gewähren soll — wie bei Verletzung von Baugesetzen, durch welche öffentliches Interesse gewahrt, nicht dem Nachbar ein eigenes privates Recht eingeräumt war — die Entscheidung der Frage, ob gegen ein solches Gesetz gefehlt sei, nicht dem auf die Stipulation gegründeten Verfahren, sondern einem Präjudicium ‚an contra edictum principis aedificatum sit' zuweisen[14]). Führt das nicht schließlich dazu, daß man bei einem Versprechen von 100 unter der Bedingung si navis ex Asia venerit erst vom Prätor eine Präjudicialformel erbitten muß, ob das Schiff gekommen sei, um dann erst die actio ex stipul. anstellen zu können?

Den oben berührten Einwand gegen die Annahme eines Vorprocesses — daß das Urtheil in diesem auf eine Geldsumme lautet, die Klage aus der cautio ex o. n. n. aber auf Restitution geht — macht sich Schirmer (S. 79 ff.) selbst: „nach l. 21. §. 5. h. t. solle die Stipulation einen von dem erlassenen Urtheil,

im Vorproceß ist dann die Verurtheilung des Beklagten in Gemäßheit des dinglichen Rechts erfolgt, also auch wegen des vor der o. n. n. Gemachten, und nun soll der Nunciant unter Berufung auf den Sieg im Vorproceß nochmals mit einer neuen Klage aus der cautio ex o. n. n. auftreten, um schließlich viel weniger zu erlangen, als ihm die Geltendmachung des Urtheils aus dem Vorproceß gewährt!

14) Schmidt VIII. S. 42. Schirmer S. 68.

welches ja natürlich nur auf eine certa pecunia habe gehen können, vollständig unabhängigen Inhalt, die restitutio operis, haben." Seine Widerlegung dieses Einwands ist aber ungenügend. Er meint zunächst, formell werde allerdings die Stipulation auf die Restitution und, falls diese nicht erfolge, auf das Interesse committirt, der Sache nach werde aber doch nur höchst selten eine solche Unabhängigkeit der Stipulation vom Urtheil eintreten können, nämlich nur dann, wenn die vom Nuncianten angestellte Vorklage nicht auf die restitutio operis gerichtet sei[15]). Denn wenn sie dies gewesen, dann sei ja schon in der Condemnation das Interesse des Klägers vollständig veranschlagt worden, und wenn es auch processualisch möglich gewesen sei, in der Stipulationsklage von jener ersten Schätzung abzugehen, so sei das factisch doch wohl nur höchst ausnahmsweise vorgekommen, und man könne deßhalb den Inhalt der Stipulation und des Urtheils in allen diesen Fällen

15) Wenn Schirmer S. 80. eine Reihe solcher Ausnahmsfälle, in denen die Vorklage nicht auf Restitution gegangen, und darunter insbesondere das Bauen in loco publico und den Verstoß gegen Baugesetze polizeilicher Natur, anführt — in welchen Fällen erst durch die Caution das Recht auf Restitution begründet worden, so daß die Verpflichtung zur Restitution deßhalb kein unnützer Zusatz sei, damit der Unternehmer auch in diesen Fällen doch zur Restitution verpflichtet werde —, so übersieht er, daß die l. 21. §. 4. cit. nicht von solchen Ausnahmsfällen, sondern von der Regel, von der o. n. n. jur. n. cons. causa spricht; denn in der ganzen l. 21. ist nur vom jus prohib. und von der satisdatio, nicht vom jus publicum und von der repromissio die Rede.

identificiren. Es sei daher ganz richtig, wenn es heiße, die Stipulation verfalle auf die Judicatssumme, aber die Stipulation berechtige den Nuncianten nochmals direct die Restitution zu fordern, wenn freilich auch hier der endliche Ausgang des Processes nur eine condemnatio pecuniaria habe sein können. Wenn aber nun wirklich die Condemnation aus der Vorklage und aus der Stipulation auf dasselbe Geldquantum gerichtet sind, weil der abzuschätzende Gegenstand beider, die rei restitutio, derselbe ist, wie kommt es dann, fragt Schirmer, daß dem Kläger die nochmalige Forderung der rei restitutio zugestanden wird? Wenn man nur die eine Function der Stipulation als einer prätorischen Judicialstipulation — Sicherung des materiellen Erfolgs des Judiciums — betrachte, werde man dafür keine Aufklärung geben können, denn gewiß wäre die Sicherung des Judiciums am einfachsten und besten dadurch herbeizuführen gewesen, daß man die satisdatio auf die Judicatssumme gestellt habe: es sei aber die Unterordnung der cautio ex o. n. n. unter die Judicialstipulationen doch nur eine Abstraction der Theorie, während in Wahrheit der Nachbar nicht dem Urtheil Genüge zu thun, sondern vielmehr zu restituiren, falls er mit Unrecht gebaut habe, verspreche. Aus diesem Grunde sei in der Formel nur von der restitutio operis als dem principalen Gegenstand der Obligation die Rede, und daran etwas zu ändern habe man um so weniger Veranlassung gehabt als diese Fassung nicht unerhebliche Vortheile für den Nuncianten[16]) im Gefolge gehabt habe. Man müsse daher die Frage vielmehr umgekehrt

16) Infolge der Untheilbarkeit des restituere Schirmer S. 84. 85.

stellen, wie es gekommen sei, daß der Nunciant sofort das Interesse der unterlassenen Restitution fordern konnte, da doch das Versprechen nur die Restitution selbst zum Gegenstand haben konnte. Der Grund hiervon sei, daß man sich nicht gemüßigt gefunden habe, die Folgen der **contumacia** des Beklagten gegen den im confessorischen oder negatorischen Proceß ergangenen **jussus de restituendo** wieder aufzuheben, wenn nicht der Kläger selbst dies wünschte.

Nichts zeigt deutlicher als diese Argumentation, daß die Annahme eines Vorprocesses unhaltbar ist. Denn bei dieser Annahme bleibt eben unerklärlich, wie der Nunciant nochmals die Klage auf Restitution habe anstellen können. Schirmer lehnt die Beantwortung dieser Frage damit ab, daß er dieselbe umgekehrt stellt: wie es gekommen sei, daß der Nunciant gleich auf die Condemnationssumme habe klagen können. Aber einerseits ist nirgends gesagt, daß die **actio ex stipulatu** gleich auf **quanti res est** gerichtet werden könne[17]), andererseits ist damit die Frage nicht beantwortet, wie der Nunciant, wenn er wirklich gleich mit der **actio ex stipul.** auf die Judicatssumme klagen könnte, auch noch die Möglichkeit auf Restitution zu klagen hat. Ginge die Klage gleich auf **qu. res est**, so würde sie parallel mit der **actio judicati** gehen und es würde dann mit ihr so wenig wie mit der **act. judic.** nochmals Restitution gefordert werden können; geht sie aber von Haus aus auf Restitution, so kann mit ihr so wenig wie mit

17) Denn l. 21. §. 4. h. t. spricht vom Verfall der Stipulation auf **restituere**, und erst wenn der Beklagte auf die Klage aus der Stipulation nicht gehörig restituirt, kommt es wie bei jeder Klage schließlich zur **condemn. pecuniaria.**

der act. confess. gleich auf qu. res est geklagt werden: zur Exequirung des Judicats dient dann lediglich die act. judicati, nicht aber kann die obligatio judicati mit der Klage, auf die hin es zum Judicat gekommen ist (Klage aus der cautio ex o. n. n.), geltend gemacht werden; es wäre das nicht anders, als wenn man das Judicat im confessorischen Proceß wieder mit der actio confess. geltend machen wollte. Und wozu führt gerade nach Schirmer, der mit Recht den Vortheil der cautio ex o. n. n. für den Nuncianten hervorhebt — daß nämlich der Nunciant jeden einzelnen der Erben des Caventen auf den vollen Inhalt der Stipulation belangen kann — die Annahme, der Nunciant habe nach dem Sieg im Vorproceß nochmals aus der Caution auf Restitution klagen können? Wenn der mit der act. confess. Belangte nach der litis contestatio gestorben ist, so ist der alte Anspruch auf Restitution in die theilbare Obligation auf qu. res est verwandelt und die in diese theilbare Verpflichtung eintretenden Erben werden pro parte verurtheilt: dann klagt der Nunciant nochmals aus der Caution auf Restitution gegen die Erben und in diesem Proceß würde der belangte vorher pro parte verurtheilte Erbe in solidum condemnirt werden[18])!

70. Wie anders gestaltet sich alles dies bei der

18) Denn wenn man einmal annimmt, daß durch die litis contest. auf die act. confess. der den gleichen Inhalt habende Anspruch aus der cautio ex o. n. n. nicht consumirt werde, sondern immer noch erhoben werden könne, so kann auch jene litis contest. den Einfluß nicht haben, die untheilbare Verpflichtung aus der Caution in eine theilbare zu verwandeln.

Annahme, daß der Nunciant statt erst mit act. confess. oder neg. zu klagen gleich mit der *act. ex stipulatu* auftritt und auf Grund des unter der Bedingung seines jus prohib. ihm geleisteten Versprechens Restitution verlangt und in diesem Proceß die Existenz der Bedingung beweist. Die act. ex stipul. vertritt dann vollständig die act. confess. und statt zweier Processe mit den daraus sich ergebenden Unstatthaftigkeiten haben wir nur einen, der den Nuncianten schnell und sicher zum Ziele führt. Der Nunciant klagt aus dem Versprechen auf Restitution, und wenn der Cavent vorher mit Hinterlassung mehrerer Erben verstorben ist, gegen einen der Erben in solidum; beim Beweis des jus prohib. wird an Beklagten das arbitr. de restit. erlassen, kommt Beklagter dem nicht nach, so erfolgt condemnatio pecuniaria, und diese wird mit der act. judicati geltend gemacht. Wozu soll es statt dieses kurzen Wegs erst eines Vorprocesses bedürfen?

Der Grund dafür, daß man sich dieser Einsicht verschloß, liegt offenbar darin, daß man die Klage aus der Stipulation nicht eher für zulässig hielt, als bis die Bedingung des Verfalls der Stipulation eingetreten sei, und da als Bedingung des Verfalls angegeben wird ‚si res judicata fuerit', so glaubte man, es müsse erst in einem vorausgegangenen Proceß ein Judicat ergangen sein, ehe aus der Stipulation geklagt werden könne. Es beruht dies jedoch auf einer Verwechselung der Möglichkeit der Klaganstellung aus der Stipulation und der Möglichkeit der Verurtheilung aus derselben.

Es ist früher nachgewiesen und von Schirmer selbst betont worden, daß das vom Nunciaten geleistete Cautionsversprechen materiell den Inhalt hat: ich ver-

spreche zu restituiren, falls dir wirklich ein jus prohib. zusteht. Ebenso ist hervorgehoben worden, aus welchem Grund die Bedingung des Versprechens in die drei Clauseln gefaßt worden ist und welche Bedeutung insbesondere der clausula de re judicata zukommt. Betrachten wir zunächst das Versprechen seinem materiellen Gehalt nach, also mit der Bedingung „ich restituire, falls du ein jus prohib. hast,“ und fragen wir dann weiter, ob durch die Fassung dieser Bedingung in die drei Clauseln materiell etwas geändert ist.

Das Versprechen zu restituiren, wenn der Stipulant ein jus prohib. habe, unterscheidet sich zunächst in Bezug auf die Möglichkeit der Klaganstellung in nichts von einem anderen bedingten Versprechen, z. B. von dem Versprechen unter der Bedingung si navis ex Asia venerit. Wenn der Stipulant den zur Bedingung gesetzten Umstand eingetreten glaubt, klagt er aus dem Versprechen unter der Behauptung, die Bedingung sei erfüllt, das Schiff sei gekommen, und hat nunmehr zu beweisen, daß das der Fall sei: führt er den Beweis, so siegt er, mißlingt ihm derselbe, so wird er mit seiner Klage abgewiesen. Also das Feststehen des Eingetretenseins der Bedingung ist nicht Voraussetzung für die Möglichkeit die Klage anzustellen, sondern nur für den Sieg mit dieser Klage: die Stipulation verfällt nur, wenn es feststeht, daß das Schiff gekommen ist, aber klagen kann er natürlich auch bevor dies processualisch gewiß ist[19]). Warum soll das anders sein, wenn der

19) Der Stipulant müßte sonst erst ein besonderes Präjudicium über diesen Umstand erbitten und den Eintritt der Bedingung constatiren lassen, um dann aus dem Versprechen klagen zu können.

zur Bedingung gemachte Umstand ein dem Stipulanten zustehendes Recht ist? Gerade der römische Proceß weist eine Form der dinglichen Klage auf, die darauf basirt, daß das zur Bedingung einer Sponsion gemachte Eigenthum im Wege der Sponsionsklage festgestellt wird, das agere per sponsionem. Wenn Gajus IV. 93. dieses Verfahren dahin beschreibt:

> provocamus adversarium tali sponsione: *si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV. numos dare spondes?* deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere: qua formula ita demum vincimus, si probaverimus, rem nostram esse,

so liegt hier die Sache genau so, wie wenn der Nunciant die Stipulation abschließt: si jus mihi est prohibendi ne me invito opus fiat, opus factum restitui spondes? Wie in jenem Fall die formula edirt wird, qua intendimus, nobis dari oportere, ohne daß vorher das Eigenthum an dem Sclaven festgestellt ist, so wird hier gleich aus der Stipulation auf Restitution geklagt, und nur der Sieg in beiden Processen ist davon abhängig, daß der Beweis des Rechts in diesem Proceß geführt wird. Und wenn ein hypothetisches Interdict und speciell ein interdictum rei persecutionem continens erlassen wird, so klagt der Impetrant doch auch mit der interdicti actio und beweist in diesem Proceß, daß die Voraussetzung des Befehls, also speciell auch das Recht, vorhanden sei. Gerade eins dieser interdicta rei persec. continentia liegt uns besonders nahe, das Remissionsinterdict. Wenn dieses lautet: quod jus sit illi prohibere in eo nunciatio teneat, so macht

doch auch, wie wir gesehen haben, der Nunciant sein jus prohib. nicht erst in einem selbständigen Proceß geltend, um dann mit Berufung darauf die actio ex interdicto zu impetriren. Warum soll das also bei dem Surrogat des Remissionsdecrets, bei der cautio ex o. n. n., anders sein?

Prüft man, was Schirmer gegen diese durch die bisher angeführten Gründe als unzweifelhaft constatirte Möglichkeit vorbringt, so erweist sich das auf allgemeine Gründe gestützte als nicht geeignet, das gewonnene Resultat zu erschüttern. Es soll nach Schirmer[20]) gegen die Möglichkeit der sofortigen Anstellung der actio ex stipulatu der Umstand sprechen, daß die Formel derselben unter dieser Voraussetzung nicht nur einen Verstoß gegen das römische Proceßrecht, sondern auch einen innern logischen Widerspruch enthalte. Ersteres, weil die Stipulation zur Zeit der litis contestatio noch nie habe committirt sein können, indem der den Verfall derselben bedingende Spruch noch nicht abgegeben gewesen sei und daher stets Absolution des Beklagten habe erfolgen müssen, da das erst nach der litis contestatio entstehende Rechtsverhältniß nicht habe berücksichtigt werden können. Und der logische Widerspruch bestehe darin, daß erst nach einem ungünstigen Urtheil die Stipulation verfallen solle, der Beklagte also nicht eher habe condemnirt werden können, ehe nicht wirklich das Judicat gegen

20) Die Argumentation Schirmer's ist zunächst gegen Wetzell's Ansicht von dem formgebenden Character der c. jud. solvi gerichtet (S. 61 ff.); er wendet aber ausdrücklich dieselbe Argumentation auch auf die cautio ex o. n. n. an (S. 68).

ihn abgegeben sei: da aber dieses nun gerade in der auf jene Stipulation gegründeten Klage erfolgen solle, so müßte es, um die Verurtheilung auszusprechen, möglich gewesen sein, ein und dasselbe Verfahren zu gleicher Zeit zu beenden und anzufangen. — Dieser Argumentation gegenüber ist darauf zu verweisen, daß zwischen der Möglichkeit der Klaganstellung und der Verurtheilung aus einer bedingten Stipulation ein Unterschied besteht und daß zwar nicht letztere, wohl aber erstere vor der gerichtlichen Feststellung des Eintritts der Bedingung stattfinden kann, wie dies eben durch das über das **agere per sponsionem** von Gajus Mitgetheilte unwiderleglich bewiesen wird. Wenn Schirmer sagt, das erst nach der **litis contestatio** entstehende Rechtsverhältniß habe nicht berücksichtigt werden dürfen, so ist das unzweifelhaft richtig, aber es handelt sich auch bei der Klage aus der **cautio ex o. n. n.** — ebensowenig wie beim **agere per sponsionem** — gar nicht um ein nach der **litis contestatio** entstehendes Rechtsverhältniß, vielmehr ist ja nach der Behauptung des Klägers dieses Rechtsverhältniß (Eigenthum, **jus prohib.**) schon vorher, schon im Augenblick des Abschlusses der Stipulation vorhanden und nur der Beweis dieses Rechts ist in Frage. Von der Berücksichtigung eines erst nach der **litis contestatio** entstehenden Rechtsverhältnisses und damit von einem Verstoß gegen die Regeln des römischen Processes und von einem logischen Widerspruch ist also nicht die Rede. — Und wenn endlich Schirmer (S. 68. 69.) gegen Puchta's Ansicht von dem doppelten Zweck der **cautio ex o. n. n.** — Einleitung des Processes über das Recht des Nuncianten und materielle Sicherung desselben — vorbringt, es habe die Verbindung dieser

beiden Functionen einen großen Uebelstand mit sich geführt, „den nämlich, daß wegen der processualischen Consumtion wenigstens zur Zeit der classischen Jurisprudenz entweder das streitige Recht zwischen dem Nuncianten und dem Nunciaten selbst nicht zum Austrag gebracht werden konnte, oder daß der Nunciant auf die aus der Satisdation hervorgehenden Vortheile, die Haftung der Bürgen, verzichten mußte, und daß daher stets einer der ausgesprochenen Zwecke der Caution fortgefallen sei": so beweist dieser Grund zu viel, indem ganz dasselbe der Fall sein würde, wenn der Nunciant im Vorprocesse gesiegt und dann mit der actio ex stipulatu erst gegen den Nunciaten geklagt hätte [21]).

21) Auch wenn der Kläger den Vorproceß gegen den Hauptschuldner durchgeführt hat, hat er zur Exequirung des Judicats nur die Wahl zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen, mit der Belangung des ersteren verzichtet er auf die Haftung des letzteren. Allerdings ist mit der Anstellung der act. confess. gegen den Hauptschuldner nicht die act. ex stipul. gegen den Bürgen weggefallen, aber das blose Judicat ohne Exequirung nützt auch dem Kläger nichts und diese Exequirung ist eben nur gegenüber einem von beiden, dem Hauptschuldner oder dem Bürgen, möglich. — Der Stipulant hat darum bei der cautio judic. solvi keine größere Sicherheit durch die Bürgen als bei der cautio ex o. n. n.: der Inhalt der Stipulation, der dort Zahlung des Judicats, hier Restitution des opus ist, kann dort wie hier nur gegen einen von beiden Schuldnern geltend gemacht werden, und die Sicherung besteht dort wie hier nur darin, daß er statt eines Schuldners, den er belangen kann, deren zwei hat: durch Belangung des einen wird der andere liberirt

Wenn sonach aus allgemeinen Gründen ein Einwand gegen die Möglichkeit der sofortigen Anstellung der act. ex stipulatu ohne Vorproceß nicht zu erheben ist, so fragt es sich nur noch, ob nicht auf die Fassung der Bedingung ‚si res judicata fuerit‘ bezüglich auf die Bedingung ‚si res non defendatur‘ ein solcher Einwand gestützt werden kann. Schirmer räumt durch seine Bemerkung S. 69. a. E. 70. ein, daß wenn die vom Nuncianten behauptete Rechtsverletzung als Bedingung des Versprechens in die Stipulation aufgenommen worden sei[22]), mit der Stipulationsklage auf Restitution des opus ohne Vorproceß habe geklagt werden können. Sollte an dieser Möglichkeit etwas dadurch geändert sein, daß die Bedingung statt auf die Existenz des jus prohibendi darauf gestellt ist: si res judicata fuerit? Ist nicht beides vollkommen identisch? Da die Existenz der Bedingung, des jus prohibendi, gar nicht anders darzuthun ist als durch einen im Proceß geführten Beweis, auf den hin der Richter dann das jus prohib. anerkennt, so ist zwischen den Fassungen der Bedingung: „wenn ich ein jus prohib. habe — wenn ich ein jus

(Savigny Syst. V. S. 254). Der Stipulant ist also bei der Annahme der sofortigen Anstellung der actio ex stipul. durchaus nicht ungünstiger gestellt als bei Anstellung der actio confessoria und daran sich schließender actio judicati oder actio ex stipul. judic. solvi: denn daß er bei letzterer sein Recht erst gegen den Nunciaten durchsetzt, bei der ersteren aber auch das Recht gegen den Bürgen geltend macht, ist kein reeller Vortheil und Nachtheil.

22) Die Bedingung der Rechtsverletzung löst sich natürlich in die der Existenz des jus prohibendi auf.

prohib. beweise — wenn mein jus prohib. durch den Richter anerkannt wird" offenbar kein Unterschied. Daß das jus prohib. in einem besondern Vorproceß dargethan und vom Richter anerkannt sein muß, folgt aus der letzten Fassung ebensowenig wie aus der ersten [23]). Warum aber hier die Bedingung der Restitution statt auf die Existenz des jus prohib. auf das Judicat gestellt wurde, ist oben erklärt worden. Wenn Schirmer sich darauf beruft, daß bei der gleichfalls durch o. n. n. zu erzwingenden cautio damni infecti die Rechtsverletzung als Bedingung in die Stipulation aufgenommen worden sei und bei dieser Caution, aus der unzweifelhaft mit condictio incerti verfahren worden, jede Beziehung auf ein vorausgegangenes Judicat oder eine gehörige Defension fehle, während gerade die technische cautio ex o. n. n. alle drei Clauseln enthalten habe, so übersieht er, daß der Grund, weßhalb es dort keine clausula de re judicata und de re defendenda giebt, nicht der ist, weil dort kein Vorproceß stattfand, sondern weil ein Factum, nicht ein Recht die Bedingung bildet und das Recht selbst, welches erst durch Interponirung der Caution geschaffen wird, gar nicht den Gegenstand der gerichtlichen Verhandlung, auch nicht im Stipulations-

23) So können wir uns beim agere per sponsionem die Sponsion statt ‚si homo meus est' ebenso gut so gefaßt denken: ‚si hominem meüm esse probavero' oder ‚si homo meus esse judicatus erit', ohne daß dadurch irgend eine materielle Aenderung herbeigeführt würde: in allen diesen Fällen würde gleichmäßig mit der act. ex sponsione geklagt werden können und nur der Sieg vom Beweis des Eigenthums abhängig sein.

proceß, bildet, also ein Ausspruch über das Recht nicht vorkommen kann[24]).

Nur dann ließe sich überhaupt aus der **clausula de re judicata** ein Argument für die Nothwendigkeit eines Vorprocesses ableiten, wenn die Bedeutung des **si res judicata fuerit** die wäre, daß damit eine Endsentenz, eine **condemnatio pecuniaria**, ausgedrückt sein müßte. Denn wenn es in **l. 21. §. 4. h. t.** heißt: **sive res judicetur sive non defendatur, stipulatio in id committitur, ut res restituatur,** so könnte, wenn, wie wir annehmen, die Klage auf Restitution gerichtet ist und wenn das **si res judicetur** die **condemn. pecun.** bedeutete, unmöglich die in der Klage auf Restitution erfolgende **condemnatio pecuniaria** die Bedingung für die Klage auf Restitution sein: es müßte dann unzweifelhaft die **condemn. pecun.** in einem Vorproceß gemeint sein. Es kommt aber dem Ausdruck **res judicata** an sich keineswegs nothwendig die Bedeutung des Endurtheils, der **condemn. pecuniaria**, zu. Vielmehr ist ursprünglich das Judicat eigentlich die **pronunciatio**, der Ausspruch über die Existenz des subjectiven Rechts des Klägers: es ist ein Urtheil, aber keine Verurtheilung, der Beklagte war **judicatus**, aber noch nicht **condemnatus**. Es wurde daher im älteren Recht, wo dieser Ausspruch

24) So wenig ein Versprechen unter der Bedingung **si navis ex Asia venerit** so gefaßt werden wird: **si res judicetur**, so wenig wird bei der **c. damni inf.** die Bedingung „wenn durch die fehlerhafte Beschaffenheit meines Gebäudes dir ein Schaden zugefügt werden wird" so ausgedrückt werden: „wenn im künftigen Proceß der Richter anerkennen wird, daß dir ein Schaden zugefügt ist".

über das Recht des Klägers in einem abgesonderten Verfahren erfolgte und das Urtheil nur in dem Ausspruch über den Inhalt der intentio bestand, erst noch ein arbitrium liti aestimandae gegeben, um eine förmliche Verurtheilung des Unterliegenden herbeizuführen. Auch mit der Zusammenziehung der Bestellung des judicium und der Anordnung des arbitrium in eine Formel seit Einführung der formula petitoria ist diese innere Gliederung des Verfahrens nicht aufgehoben, vielmehr gerade durch die Gliederung der formula selbst genau bestimmt worden: erst soll die Erörterung und der Ausspruch über das streitige Recht seiner Existenz nach, die pronunciatio, erfolgen (judicium), sodann aber auf Grundlage dieser pronunciatio dem Beklagten die restitutio aufgegeben werden und endlich, wenn er nicht gehorcht, die Abschätzung und condemn. pecun. eintreten (arbitrium)[25]). In Wahrheit ist also das Judicat gerade die pronunciatio im Gegensatz zur condemnatio, wenn auch später beide Ausdrücke so promiscue gebraucht werden, daß in l. 9. jud. solvi für die Endsentenz auf Geld sich sogar der Ausdruck pronunciatio findet. Dafür, daß res judicata die pronunciatio bedeutet, enthalten die Quellen zahlreiche Belege[26]). Wir sind daher

25) Vgl. Keller der röm. Civilproc. S. 68. 112. 115. ff. und die bei Schirmer S. 72. A. 1. Citt.

26) So wird in l. 6. §. 2. de confess. 46. 2. l. 40. §. 2. de procur. 3. 3. l. 15. de exc. rei jud. 44. 2. das pronunciare rem meam esse und das judicare rem meam esse als ganz identisch gebraucht, und in l. 35. de act. emti 19. 1. wird das Hauptgewicht für den Verfall der duplae stipulatio auf das pronunciare de jure servitutis gelegt, obgleich hier auch eine con-

vollkommen berechtigt, den Ausdruck si res judicata fuerit in der l. 21. §. 4. h. t. lediglich von der Anerkennung des die Bedingung für den Sieg des Klägers bildenden jus prohibendi zu verstehen, so daß die Stelle sagt: die Stipulation auf Restitution verfällt nur dann und der Kläger dringt mit seiner Klage auf Restitution nur dann durch, wenn nach geführtem Beweis der judex befindet, daß die Bedingung des Verfalls vorliegt und dem Kläger wirklich das jus prohib. zusteht.

So erklärt denn auch Schirmer (S. 72.), die etwa aufzuwerfende Frage, ob die pronunciatio, die ja nur als Interlocutoria erscheine, überhaupt ein Judicat sei, müsse jedenfalls bejaht werden. Wegen l. 12. h. t. glaubt er aber doch, die cautio ex o. n. n. habe sich auf ein abgegebenes Endurtheil, nicht auf eine Interlocutoria bezogen: denn da nach dieser Stelle das Urtheil eine Quantität und zwar eine Geldquantität enthalten solle, so könne hier unmöglich ein der pronunciatio im Vindicationsproceß ähnliches Urtheil, sondern nur eine Endsentenz gemeint sein. Inwiefern damit aber bewiesen sein soll, daß dies die Endsentenz in einem Vorproceß sei, ist nicht zu ersehen: wir haben diese Stelle bereits früher (Ziff.

demnatio vorgekommen sein muß. Die Ausdrücke judicium facere oder judicare secundum petitorem und adversus possessorem sind sehr häufig, vgl. l 58. de R. V. 6. 1. l. 57. de H. P. 5. 3. l. 20. §. 6. eod. l. 3. §. 3. de reb. eor. 27. 9. Ganz scharf wird in der citirten l. 57. de H. P. das Urtheil über das dingliche Recht selbst, über die intentio, und dann das eigentliche Endurtheil, die condemnatio, auseinandergehalten und ersteres mit dem Ausdruck judicatum bezeichnet.

64. a. E.) dahin erklärt, daß in ihr von der condemn. pecun. im Stipulationsproceß die Rede ist[27]).

Auf die clausula de re judicata kann man demnach die Nothwendigkeit eines Vorprocesses nicht stützen.

27) Schirmer (S. 78. 79) wendet hiergegen ein: das committitur stipulatio bezeichne den Eintritt der Bedingung, von der die Existenz der Stipulation abhängig gemacht ist, den Zeitpunct, an dem sonach diese selbst eine definitive Wirksamkeit erhält, nie aber den, wodurch das Object derselben durch die Condemnation in einen Geldanspruch verwandelt wird, während doch bei unserer Erklärung dieser Ausdruck auf den letzteren Zeitpunct bezogen werden müsse. — Diese Argumentation trifft jedoch unsere Erklärung nicht. Natürlich verfällt die Stipulation in dem Augenblick, wo die Bedingung eintritt, aber die Frage nach dem Zeitpunct des Verfalls hat mit der Frage, worauf die Stipulation verfällt und was schließlich das Resultat der Klage aus der Stipulation ist, gar nichts zu thun. Es handelt sich in unserer Stelle nicht um den Zeitpunct des Verfalls der Stipulation — weder die Glosse noch Wetzell, gegen die sich die Argumentation Schirmer's richtet, meinen, daß die Stipulation erst dann verfalle, wenn der Anspruch auf Restitution sich in den auf eine Geldquantität verwandelt habe —, sondern um den Umfang der Verpflichtung aus derselben, wenn sie einmal verfallen ist. Aus der verfallenen Stipulation hat der Kläger zunächst einen Anspruch auf den principalen Inhalt des Versprechens, auf restituere, bei Ungehorsam des Beklagten gegenüber dem arbitr de restit. erfolgt die condemn. pecun. und der Cavent haftet nunmehr aus der auf Restitution lautenden Stipulation tanti quanti judicatum est, soweit als durch das Endurtheil das Interesse an der Nichtrestitution festgestellt ist.

Kann aber nicht etwa aus der claus. de re defendenda ein Beweis dafür entnommen werden?[28]) Man

28) Nach der Ansicht derjenigen, welche, wie Karlowa (vgl. im Folg.), annehmen, daß in dem Vorproceß eine c. judic. solvi geleistet werden müsse, ist es geradezu unerklärlich, was diese cl. de re defend. in der cautio ex o. n. n. soll. Denn wenn es sich bei dieser Caution nur um die materielle Sicherung des Nuncianten handelt und dann im Vorproceß doch noch in der c. judic. solvi das gehörige defendere versprochen wird, so ist nicht zu ersehen, weßhalb ganz dasselbe schon in der cautio ex o. n. n. übernommen werden soll: die Klage aus dieser Caution müßte dann einfach mit der act. judicati parallel gehen. Dem gegenüber ist die Ansicht von Schmidt und Schirmer viel wahrscheinlicher: indem sie im Vorproceß eine c. judic. solvi nicht leisten lassen, sondern die cautio ex o. n. n. als die anticipirte c. judic. solvi für diesen Proceß ansehen, ist die Aufnahme der drei Clauseln in dieselbe eine Nothwendigkeit. Freilich ist diese Ansicht von der Identität der außergerichtlichen cautio ex o. n. n. und der c. jud. solvi, wie früher nachgewiesen worden, nicht haltbar, und wir müssen daher nach einem andern Grund fragen, weßhalb diese Clauseln in jene aufgenommen sind. Für die cl. de re jud. ist der Grund eben nachgewiesen worden, es handelt sich also nur um die beiden andern, und von diesen wieder vorzugsweise um die de re defendenda. Die cautio ex o. n. n. ersetzt nicht nur, wie Schmidt u. s. w. annehmen, die c. jud. solvi im confessorischen Proceß, sondern es ist infolge derselben der ganze Vorproceß nicht nöthig, und doch soll für den Nuncianten durch diese Caution dasselbe Resultat herbeigeführt werden, wie wenn er mit der act. confess. geklagt und die c. jud. solvi geleistet erhalten hätte.

könnte nämlich so argumentiren wollen: die Stipulation verfalle aus der claus. de re defendenda doch erst dann, wenn das non defendere feststehe; man könne hier nicht, wie in Bezug auf die claus. de re judicata, unter Behauptung der Existenz der Bedingung gleich klagen, vielmehr müsse ein anderer Proceß, in welchem das non defendere vorkomme, vorausgehen. Diese Argumentation widerlegt sich aber durch die Erwägung, daß ja das eigentliche Versprechen immer das der Restitution unter der Bedingung der Existenz des jus prohib. ist. Aus diesem Versprechen wird geklagt, nicht aber wird die Klage auf Vertheidigung des Beklagten oder auf Restitution wegen Nichtvertheidigung gerichtet. In dem Proceß auf Restitution wegen Existenz des jus prohib. muß sich nun Beklagter gehörig defendiren, sonst trifft ihn die Verpflichtung zu restituiren, so wie wenn der Kläger nach gehöriger Defension des Beklagten sein jus prohib. bewiesen hätte.

71. Durch das Bisherige dürfte der Beweis nicht nur für die Möglichkeit der sofortigen Anstellung der Klage aus der stipulatio ex o. n. n., sondern auch gegen die Möglichkeit eines confessorischen oder negatorischen Vorprocesses erbracht sein. Wenn aber nun die Klage aus der Caution in gleicher Weise wie die act. confess. oder neg. auf rei restitutio gerichtet ist und das Verhältniß beider Klagen nicht das der sog. successiven Concurrenz sein kann, d. h. erst Anstellung der dinglichen Klage nothwendig ist, um die act. ex stipulatu zu ermöglichen, so bleibt immer noch die Frage aufzuwerfen, ob nicht beide in einer electiven Concurrenz stehen d. h. zwar die Möglichkeit der sofortigen An-

stellung der act. ex stipulatu auf Restitution, daneben aber auch die Möglichkeit, statt mit jener mit der dinglichen Klage zu klagen, zuzugeben ist.

An sich unterliegt letzteres keinem Bedenken. Eine andere Frage ist aber, ob der Nunciant gut daran thun wird, die dingliche Klage anzustellen und ob er für diesen Fall die gleiche Sicherheit hat wie wenn er die Klage aus der Caution wählt. Wir kommen damit auf eine Meinungsverschiedenheit, die zwischen den Anhängern der Ansicht von der Nothwendigkeit eines Vorprocesses besteht. Schirmer (S. 85. ff. 88.) und Schmidt (IV. S. 220.) gehen davon aus, daß die außergerichtliche cautio ex o. n. n. die Stelle der c. judic. solvi vertrete und daher auf die angestellte actio confess. hin eine besondere c. judic. solvi nicht geleistet zu werden brauche. Ihnen gegenüber behauptet Karlowa (S. 83. ff.) die Nothwendigkeit der Leistung einer c. judic. solvi im confessorischen und negatorischen Proceß. — Beide Ansichten aber dürften nicht haltbar sein.

Gegen die Ansicht Karlowa's spricht zunächst der Umstand, daß in der Nothwendigkeit dieser doppelten Cautionsleistung eine unbegründete Härte gegen den Nunciaten liegen würde: erst soll er, um von dem Bann frei zu werden, caviren müssen, daß er das opus restituiren wolle, falls Nunciant sein jus prohib. beweise, und wenn dann der Nunciant die Klage aus dem jus prohib. anstellt, soll er nochmals caviren müssen, daß er für den Fall des Siegs des Nuncianten das Judicat zahlen werde, wenn er nicht restituire! Vor Allem aber wäre bei dieser Annahme der Satz, daß in o. n. n. possessorem adversarium facimus, daß hoc ipso (durch die cautio ex o. n. n.) is, cui nunciatum est,

possessor constituitur, d. h. durch die cautio ex o. n. n. die Beklagtenrolle des Nunciaten im künftigen Proceß festgestellt ist, nicht wahr, denn es würde dann bei Nichtleistung der cautio judic. solvi translatio possessionis eintreten müssen und demnach wäre der Beklagte nicht durch die cautio ex o. n. n. possessor constitutus.

Demnach ist die Behauptung von Schirmer und Schmidt, der mit der dinglichen Klage Belangte brauche keine c. judic. solvi zu leisten, für richtig zu halten. Ist aber auch die weitere Behauptung richtig, daß die außergerichtliche cautio ex o. n. n. den Gesammtinhalt der c. judic. solvi in sich schließe und der mit der actio confess. oder neg. Klagende hinsichtlich der Erfüllung des Judicats dadurch sichergestellt sei? Das wäre doch nur dann möglich, wenn die cautio ex o. n. n. auf judicatum solvi, auf quanti res est, lautete. Das Versprechen der Restitution aber, welches sie nachgewiesenermaßen enthält, kann nicht zur Sicherung der obligatio judicati auf Geld dienen: denn wenn sich auch die Verpflichtung aus der cautio ex o. n. n. schließlich beim Sieg in dem auf Erfüllung dieses Versprechens gerichteten Proceß in die Verpflichtung zur Leistung von quanti res est verwandelt, so ist das doch nicht auch dann der Fall, wenn in einem andern gleichfalls auf Restitution gerichteten Proceß die condemnatio pecuniaria ausgesprochen wird. Die Klage aus der cautio ex o. n. n. geht immer nur auf Restitution, und wenn im confessorischen Proceß der Beklagte in Geld verurtheilt ist, so kann deßhalb nicht die actio ex stipulatu ex o. n. n. auf Geld gerichtet werden[29]).

29) Einen deutlichen Beweis dafür liefert gerade die l. 21.

Einerseits kann also bei Anstellung der dinglichen Klage keine c. jud. solvi gefordert werden, andererseits vertritt die cautio ex o. n. n. nicht die Stelle der ohne dieselbe im dinglichen Rechtsstreit zu leistenden c. judic. solvi. Beides gilt aber natürlich nicht blos dann, wenn man die dingliche Klage als Vorbedingung für die act. ex stipulatu ex o. n. n. ansieht, sondern ebenso auch dann, wenn man annimmt, der Nunciant habe die Wahl zwischen Anstellung der dinglichen und der Stipulationsklage, und entscheide sich für die erstere: auch hier wird ihm weder eine besondere c. judic. solvi geleistet, noch ist er durch die cautio ex o. n. n. für die Realisirung des Judicats gesichert. Daher wird aber der Nunciant überhaupt nicht zu der dinglichen Klage, sondern zur act. ex stipulatu greifen. In der That erlangt er auch mit der letztern ganz dasselbe wie mit der erstern, die Grundsätze beider sind vollständig gleich.

§. 4. h. t., wenn man sie in der Weise verstehen wollte, wie die Anhänger dieser Ansicht es thun — nämlich das si res judicetur von der condemn. pecun. im dinglichen Proceß —: „wenn die Condemnation auf Geld im dinglichen Proceß erfolgt ist (so muß nach jener Ansicht übersetzt werden), verfällt die Stipulation aus der o. n. n. in id ut res restituatur". Damit würden wir eben zu dem als unhaltbar verworfenen Resultat kommen, daß nach der Verurtheilung auf Geld infolge einer auf Restitution gerichteten Klage nochmals die Klage auf Restitution zulässig wäre. Eine Sicherung aber für die oblig. judicati aus dem dinglichen Proceß, wie die c. jud. solvi, gewährt die c. ex o. n. n. auf Restitution dem Nuncianten nicht.

72. Dabei ist freilich vorausgesetzt, daß die cautio ex o. n. n. den Nuncianten in dem vollen Umfang des ihm zustehenden jus prohibendi sichert, d. h. daß aus derselben nicht blos auf Restitution dessen, was nach der o. n. n., sondern auch dessen, was vorher dem dinglichen Recht zuwider gebaut worden ist, geklagt werden kann, daß also die Restitutionspflicht sich soweit erstreckt wie das jus prohibendi reicht und wie auf die dingliche Klage hin erkannt sein würde. Diesen weiteren Umfang der cautio ex o. n. n. nehmen denn auch Schmidt (IV. S. 220.) und Schirmer (S. 85. ff.) an, während Karlowa (S. 83. ff.) sie lediglich auf das nach der o. n. n. Gemachte beschränken will.

Gegen Schirmer's Gründe für den weitern Umfang der cautio ex o. n. n. — Einreihung derselben unter die Judicialstipulationen und Zeugniß des Paulus in l. 12. h. t. — macht Karlowa geltend, daß ersteres schon aus dem Gesichtspunct sich vollständig rechtfertige, daß sie Sicherheit für das künftige Urtheil, soweit sich dasselbe auf das nach der Nunciation Geschehene bezogen habe, gewähre; ebenso dürfe man den abgerissenen Ausspruch in l. 12. h. t. nur auf den gewöhnlichen Fall beziehen, daß der Proceß über das Prohibitionsrecht es nur mit den nach der o. n. n. geschehenen Verletzungen desselben zu thun habe. Gegen den behaupteten weiteren Umfang der Caution spreche entschieden ihr Name und ihre Bestimmung, ein Surrogat der prätorischen Remission zu sein; bei dem Proceß über das Verbietungsrecht könnten auch schadenbringende Vorkehrungen und Handlungen in Betracht kommen, welche gar nicht opera im Sinne des Edicts de o. n. n. seien; auch könne der Nunciant, weil er des Beweises

seines jus prohib. nicht völlig sicher sei, die o. n. n. aus Vorsicht örtlich beschränken, während er doch in dem nachfolgenden Proceß das Recht in einem weiteren räumlichen Umfang geltend zu machen suche; endlich aber stehe dieser Auffassung das Zeugniß der l. un. C. h. t. (verb.: ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod *post denunciationem* fecerit, suis sumptibus destruet) entgegen: dieses Zeugniß werde nicht beseitigt durch die Bemerkung Schirmer's, daß zu Justinian's Zeit überhaupt die Cautionsleistung bei der formula petitoria weggefallen und consequent auch die stipulatio ex o. n. n., soweit sie nur ein Supplement jener gewesen, aufgehoben und auf das beschränktere Maß zurückgeführt sei.

Wenn man nun auch zugeben kann, daß gerade die von Schirmer angeführten Gründe einen vollen Beweis für den weiteren Umfang nicht liefern, so ist doch andererseits das von Karlowa als Gegenbeweis Vorgebrachte nicht geeignet, die Behauptung des weitern Umfangs selbst zu widerlegen. Was zunächst die l. un. C. cit. anbelangt, so ist allerdings hier nur von dem Versprechen, das nach der o. n. n. Gemachte zu restituiren, die Rede: aber abgesehen von dem zur Erklärung dieser Stelle von Schirmer vorgebrachten Grunde, den Karlowa doch nur bestritten, nicht widerlegt hat, und abgesehen von den später zu entwickelnden Aenderungen, welche im Justinianeischen Recht überhaupt in Bezug auf die o. n. n. eingetreten sind, läßt sich zur Erklärung doch ganz derselbe Grund geltend machen, den Karlowa zur Beseitigung des Zeugnisses der l. 12. h. t. anführt, daß nämlich diese Stelle sehr wohl auf den gewöhnlichen Fall, wo der Proceß über das Prohibitionsrecht es nur mit

den nach der o. n. n. geschehenen Verletzungen desselben zu thun hat, bezogen werden kann[30]). — Der Name unserer Caution (ex o. n. n.) aber kann als ein Gegengrund durchaus nicht betrachtet werden: er paßt nicht weniger, wenn auch die Stipulation den weiteren Umfang hat, denn es ist dann nicht weniger wahr, daß sie de o. n. n. interponirt ist, d. h. daß ihr Zweck zunächst die Beseitigung der o. n. n. ist. — Auch der Umstand, daß die Caution ein Surrogat der prätorischen Remission ist und aus dem Remissionsdecret blos eine Verpflichtung auf Nichtweiterbauen und infolge der Verletzung dieser Verpflichtung ein Anspruch auf Restitution des nach dem Remissionsdecret bezüglich nach der o. n. n. Gemachten zusteht, ist kein Gegenbeweis gegen den weitern Umfang der Verpflichtung aus der Stipulation. Denn die Eigenschaft der Caution, ein Surrogat des Remissionsdecrets zu sein, bezieht sich nur auf die Wirkung, den formellen Bann aufzuheben und an dessen Stelle einen von dem materiellen jus prohibendi abhängigen Anspruch auf Restitution zu setzen. Im Uebrigen besteht der wichtige Unterschied zwischen beiden, daß beim Fortbauen nach dem Remissionsdecret, falls dessen Voraussetzungen vorhanden sind, doch immer noch ein facere contra edictum vorliegt und wegen dieses Verstoßes den Nunciaten in dem sich daran schließenden agere cum poena ein besonderer Nachtheil trifft: dieser Nachtheil kann ihn natürlich wegen desjenigen nicht treffen, was überhaupt vor Erlaß des Befehls bezüglich vor dem Zeitpunct, auf den sich dieser Befehl in seiner Wirksamkeit zurückbezieht, gemacht ist. Bei der außer-

30) Vgl. außerdem unten Ziff. 76. Anm. 48.

gerichtlichen loco remissionis wirkenden cautio ex o. n. n. hingegen ist von einer Verletzung eines prätorischen Befehls und einer deßhalb eintretenden Strafe nicht die Rede[31]).

Entscheidend für den weiteren Umfang der cautio ex o. n. n. ist aber folgende Erwägung. Das Recht, wegen dessen Verletzung nunciirt wird, kann schon durch das vor der Nunciation Gemachte verletzt sein. Formell rechtswidrig ist natürlich nur das später Gemachte. Wenn aber der Nunciat, um von dem formellen Bann und der Gefahr des interd. demol. frei zu werden, Caution leistet und damit Restitution für den Fall der Existenz eines jus prohibendi verspricht, so verspricht er zugleich die Restitution in dem Umfang, in welchem das jus prohib. zusteht, Restitution soweit, als das jus prohib. überhaupt durch seinen Bau verletzt ist. Das Versprechen „ich restituire, wenn du ein jus prohib. hast“ sagt nichts anderes als: ich restituire das, was dein jus prohib. verletzt[32]). — Welches Interesse sollte auch der

31) Dieser Unterschied zwischen Remissionsdecret und außergerichtlicher Caution macht sich auch in Bezug auf die gleich im Folgenden zu erörternde Frage geltend: ob bei der Klage aus der Caution die Existenz der Voraussetzungen für die formelle Giltigkeit der o. n. n. zu beweisen ist.

32) Die Richtigkeit des Satzes, daß auch das vor der o. n. n. Gemachte auf Grund des Cautionsversprechens mit restituirt werden muß, läßt sich auch von einem anderen Ausgangspunct aus nachweisen. Wenn der Nunciant erst die Annahme der offerirten Caution verweigert, dann aber zur Annahme bereit ist und nun der Unternehmer noch die Caution leistet: in welchem Umfang wirkt hier das Versprechen der Restitution?

Nunciat daran haben, nur das nach der o. n. n. Gemachte restituiren zu müssen? Durch das vorher Gemachte würde ja das jus prohib. noch immer fortdauernd verletzt und die act. confess. oder neg. begründet sein. Und wenn der Nunciat die Caution etwa ausdrücklich auf das nach der o. n. n. Vorzunehmende beschränken wollte, so würde der Nunciant ihn sofort in jus vociren und ohne die o. n. n. weiter zu betonen, die dingliche Klage gegen ihn anstellen, welchenfalls er doch die c. judic. solvi für den vollen Umfang des jus prohib. leisten müßte[33]).

Doch wohl nicht blos für das, was nach der nunmehr acceptirten Caution gebaut ist, sondern auch für das zwischen dem ursprünglichen Cautionsanerbieten und der jetzigen wirklichen Cautionsleistung Gebaute. Und warum? Weil der Nunciat durch das Cautionsanerbieten ebenso wie durch wirkliche Cautionsleistung oder Remission nur formell, nicht auch materiell zum Fortbauen berechtigt war: das später geleistete Versprechen, für den Fall des materiellen Rechts des Nuncianten das Gebaute zu restituiren, erstreckt sich dann soweit, als das materielle Recht geht. Daher muß aber auch, wenn gleich Caution geleistet und angenommen wird, das vor der o. n. n. Gemachte mit restituirt werden, denn auch hier wird nicht versprochen, das formell unrechtmäßig Gemachte (das nach der o. n. n. Gemachte), sondern das materiell unrechtmäßig Gemachte zu restituiren, und das ist eben auch das vor der o. n. n. Vorgenommene.

33) Gerade Karlowa, der, von der Annahme der Nothwendigkeit eines Vorprocesses ausgehend, in diesem Proceß die Leistung einer c. judic. solvi für nothwendig hält, hätte nicht übersehen dürfen, zu welch' sonderbarem Resultat seine Ansicht führen muß: daß

Danach ist es also unzweifelhaft, daß die cautio ex o. n. n. den weiteren von Schmidt und Schirmer angenommenen Umfang hat und mit der Klage aus derselben auch die Restitution des vor der o. n. n. im Widerspruch mit dem jus prohib. Gemachten verlangt werden kann. —

Bei der Widerlegung des von Karlowa hiergegen geltend gemachten Grundes — daß die cautio ex o. n. n. das Surrogat der prätorischen Remission sei und darum das von dieser Geltende auch auf die Caution Anwendung leiden müsse — ist hervorgehoben worden, daß und weßhalb zwischen beiden in dieser Beziehung ein Unterschied bestehe, und zugleich (Anm. 31.) erwähnt worden, daß dieser Unterschied auch für eine andere Frage von Bedeutung sei.

Wir haben bei der Darstellung des Remissionsdecrets und des an dieses sich anschließenden Verfahrens gesehen, daß, wenn die Existenz der formellen Voraussetzungen für die Giltigkeit der o. n. n. vom Nunciaten

nämlich die ganze c. ex o. n. n. für den Nuncianten keinen Sinn und keinen Vortheil hat. Wenn dem mit der dinglichen Klage auftretenden Nuncianten die c. jud. solvi geleistet werden muß und er dadurch in Bezug auf die Erfüllung des in diesem Proceß gefällten Judicats, welches natürlich das jus prohib. im vollen Umfang berücksichtigt, gesichert ist, so kann er dieses Judicat mit der act. judicati bzgl. mit der act. ex stipul. judic. solvi geltend machen: wozu soll er statt dessen mit der Klage aus der c. ex o. n. n. klagen, wenn er mit dieser Klage nach Karlowa's Ansicht weniger, nämlich blos Ersatz für die Nichtrestitution des nach der o. n. n. Gemachten, erlangt?

bestritten und eine sofortige Entscheidung darüber in jure nicht möglich ist, der judex in dem Interdictenproceß diese Frage zu prüfen und, da das Remissionsinterdict sich von der doppelten Voraussetzung, der Existenz des jus prohib. und der Giltigkeit der o. n. n., abhängig macht, für den Fall der Mangelhaftigkeit der o. n. n. in formeller Beziehung den Beklagten zu absolviren hat. Ist dies nun auch dann der Fall, wenn der Nunciat statt einen Remissionsantrag zu stellen die cautio ex o. n. n. geleistet hat d. h. muß er auch bei Anstellung der act. ex stipulatu auf Restitution die formelle Giltigkeit der o. n. n. beweisen, so daß er unterliegt, wenn dieser Beweis mißlingt? Für die Bejahung dieser Frage könnte man sich auf den sonst zwischen Remissionsdecret und cautio ex o. n. n. bestehenden Parallelismus berufen, sowie darauf, daß im Verneinungsfall der Nunciat sich in einer schlechteren Lage als beim Remissionsdecret befinden würde. Es spricht jedoch gegen die Bejahung derselbe Grund, der für den weiteren Umfang der Caution in Bezug auf das zu Restituirende geltend gemacht worden ist: die o. n. n. mit ihrer formellen Seite ist in den Hintergrund getreten, nachdem das materielle Recht des Nuncianten zur Voraussetzung der Restitutionspflicht gemacht worden ist. Ist der Nunciat von der formellen Fehlerhaftigkeit der o. n. n. überzeugt, so mag er sie unbeachtet lassen, ohne Caution zu leisten; ist er zweifelhaft darüber, so mag er die Remission beim Prätor beantragen, wobei diese Frage mit zur Untersuchung kommt; leistet er aber einmal die außergerichtliche Caution, so ist seine Verpflichtung auch nur von dem materiellen Recht abhängig: so wenig wie der Nunciant nach dieser Cautionsleistung Rechte aus

der formellen Giltigkeit der o. n. n. ableiten kann, ebensowenig kann der Unternehmer durch Berufung auf die Mangelhaftigkeit derselben eine Schwächung des lediglich auf das materielle Recht gestützten Anspruchs des Nuncianten bewirken. Gerade in dieser Beziehung liegt die Sache beim Remissionsdecret anders und darum kann das bei diesem Geltende nicht auf die außergerichtliche Caution Anwendung leiden. Es ist das der oben (bei Anm. 31.) hervorgehobene Unterschied. Das Remissionsinterdict gründet sich auf ein facere contra edictum und den Unternehmer trifft, wenn der Kläger diesen Verstoß gegen den prätorischen Befehl nachweist, ein besonderer Nachtheil, der Verlust der Sponsionssumme: da aber dieser Befehl sich auf die o. n. n. zurückbezieht und diese Zurückziehung natürlich eine giltige o. n. n. voraussetzt, so muß die Giltigkeit der o. n. n. vom Nuncianten bewiesen werden. Bei der cautio ex o. n. n. hingegen ist von einer solchen poena für den Unternehmer nicht die Rede und daher auch nicht von dem Beweis der Voraussetzung für dieselbe, einer giltigen Nunciation[34]).

34) Wollte man dieses Erforderniß für den Sieg mit der act. ex stipulatu aufstellen — wovon in den Quellen sich auch nicht die geringste Andeutung findet —, so würde wieder unzweifelhaft der Nunciant, der ja durch das bisherige Sistiren zunächst seinen Zweck erreicht hat, den die Caution offerirenden Nunciaten sofort in jus vocirt und die dingliche Klage gegen ihn angestellt haben.

§. 1674.

V. Justinianeisches und canonisches Recht.

73. I. Unsere bisherige Betrachtung hat sich mit der Lehre von der o. n. n., wie sie uns in den Digesten entgegentritt, beschäftigt. Schon in der Zeit vor Justinian sind wesentliche Aenderungen eingetreten und die l. un. C. de n. o. n. 8. 11., die man gewöhnlich als Quelle der Aenderungen im Justinianeischen Recht betrachtet, ist vielmehr Ausdruck und Folge jener früheren Umgestaltungen. Man kann daher dieses Gesetz nicht verstehen, wenn man nicht die in der nachclassischen Zeit eingetretenen Aenderungen und ihren unausbleiblichen Einfluß auf die Lehre von der o. n. n. der classischen Zeit im Auge behält.

Die l. un. C. cit. lautet folgendermaßen:

De o. n. nunciatione quandam antiquis ortam fuisse dubitationem, nostra cognovit tranquillitas, dicentibus, si quis denunciationem ad inhibendum opus miserit, non posse eum post annum elapsum, ex quo denunciatio missa est, iterum aedificationem prohibere. Quod dupliciter iniquum nobis esse videtur; sive etenim non recte opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc impediri, sive recte denunciationem emiserit, etiam post annum licentiam habere aedificationem prohibere. Talem igitur iniquitatem inhibentes sancimus, si quis denunciationem emiserit, in hac quidem regia urbe Praefectum urbi festinare, in provincia vero Rectorem ejus, intra trium mensium spatium

causam dirimere; sin vero aliquod fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentia habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denunciationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denunciationes prohibebuntur et recte denunciantibus consuletur.

Die Redaction des Gesetzes ist eine sehr schlechte. Justinian nimmt den Ausgangspunct von der Controverse der alten Juristen, ob die durch Ablauf eines Jahres ihre Wirkung verlierende o. n. n. nach dieser Zeit wiederholt werden könne[35]), hebt aber blos die

35) In den Digesten selbst erfahren wir von diesem Aufhebungsgrund nichts. Die Erklärung liegt darin, daß diese Constitution ein Jahr vor Publication der Digesten erlassen und daher in diesen berücksichtig ist. — Rudorff (S. 150. 151.) sieht in dem von Justinian erwähnten Jahre nur die gewöhnliche Cautionsfrist, für deren Dauer die Caution geleistet werde, so daß also nach ihm die o. n. n. nicht von selbst mit Ablauf eines Jahres erlischt. Dies ist deßhalb unrichtig, weil Justinian sagt, daß während dieses Jahres der Nunciat nicht habe bauen dürfen; denn wenn er Caution geleistet hat, darf er bauen. — Irrig ist es auch, wenn Hasse (S. 618.) das ‚non posse iterum prohibere' nicht auf eine neue Nunciation, sondern auf eine Prohibition aus jener ersten und einzigen Nunciation beziehen will, daß man nämlich nicht mehr prohibiren könne aus einer Nunciation, die schon über ein Jahr alt ist. Das iterum prohibere bezeichnet die Wiederholung einer bereits einmal vor-

Ansicht derjenigen hervor, welche die Wiederholung der o. n. n. nach einem Jahr für unzulässig erklären. Danach sollte man erwarten, daß, wenn ihm an dieser Ansicht etwas hart erschiene und er diese Härte beseitigen wolle, er das Nichtwiederholendürfen hart finde und die Wiederholung nach einem Jahr gestatte. Statt dessen findet er es **dupliciter iniquum**: denn wenn die o. n. n. eine ungerechte sei, so sei es unbillig, daß das opus ein ganzes Jahr lang gehindert werde, sei sie aber mit Recht erhoben, so müsse der Nunciant die Befugniß haben, auch nach einem Jahr den Bau zu hindern[36]). Nun ist selbstverständlich das Nichtwiederholendürfen der o. n. n. nach einem Jahr nicht **dupliciter iniquum** d. h. unbillig sowohl gegen den Unternehmer wie gegen den Nuncianten, sondern nur gegen den Nuncianten. Wenn also Justinian von einer zwiefachen Unbilligkeit spricht, die den Unternehmer in gleicher Weise treffe wie den Nuncianten, so kann das, was er unbillig findet, nicht das Nichtwiederholendürfen der o. n. n. sein, sondern vielmehr der Satz, der erst das Nichtwiederholendürfen zu einer Härte gegen den Nuncianten macht und der doch

genommenen verbietenden Handlung, diese verbietende Handlung kann nur eine neue o. n. n. sein, denn aus einer alten o. n. n. prohibirt man nicht wieder, sondern klagt auf Restitution, wenn ihr zuwidergehandelt wird. Vgl. auch Stölzel S. 318. 319. Siehe noch die folg. Anm.

36) Dies ist ein Beleg dafür, daß früher die o. n. n. nach einem Jahr erlosch. Denn da Justinian von der Ansicht derjenigen ausgeht, die nach einem Jahr die o. n. n. nicht wiederholen lassen wollen, so ist eben das Nichtwiederholendürfen das, was er unbillig findet: das hat aber nur dann einen Sinn, wenn die alte o. n. n. nach einem Jahr erloschen ist.

auf der anderen Seite zugleich eine Härte gegen den Unternehmer involvirt: der Satz, daß die Wirkung der o. n. n. ein Jahr lang dauert. Daß die o. n. n. ein ganzes Jahr lang wirkt, ist hart für den Unternehmer, daß sie blos ein Jahr lang wirkt, ist, wenn sie nicht wiederholt werden darf, hart für den Nuncianten. Je nachdem man den Unternehmer oder den Nuncianten als berechtigt annimmt, ist die einjährige Dauer der o. n. n. zu lang oder zu kurz. Justinian hätte also, wenn er correct sprechen wollte, sagen müssen: die Bestimmung, daß die o. n. n. ein Jahr lang wirkt und daß sie nach einem Jahr nicht wiederholt werden darf, ist doppelt unbillig, denn ist sie eine ungerechte, so darf der Unternehmer nicht ein ganzes Jahr lang gehindert sein, ist aber der Nunciant im Recht, so ist es wieder unbillig, daß nach einem Jahr der Bann erlischt und der Unternehmer nun ungestört fortbauen darf, ohne daß eine neue o. n. n. zulässig ist.

Die Bestimmung, durch welche Justinian diesem doppelten Uebelstand abzuhelfen sucht, geht nun dahin: der ordentliche Richter erster Instanz (in der Residenz der praefectus urbi, in der Provinz der rector provinciae) soll intra trium mensium spatium causam dirimere; ist aber die Entscheidung in dieser Zeit nicht möglich, dann soll der Unternehmer das Recht haben, gegen bürgschaftliche Caution an das Gericht dahin, daß er alles nach der o. n. n. Gemachte auf seine Kosten destruiren wolle, mit dem opus fortzufahren. Auf diese Weise, schließt Justinian, werden chicanöse Nunciationen verhütet und begründete Nunciationen gesichert.

Was ist durch diese Constitution geändert? Unzweifelhaft ist die einjährige Dauer der o. n. n. auf-

gehoben, und zwar nicht etwa, wie Manche z. B. Karlowa (S. 79.) wollen, so, daß die Dauer des Banns von einem Jahr auf 3 Monate herabgesetzt ist, sondern so, daß die o. n. n. an sich eine zeitlich unbeschränkte Wirksamkeit erhalten hat. Denn wenn Justinian es unbillig für den Nuncianten findet, daß die o. n. n. nur ein Jahr dauert und nicht wiederholt werden darf, so kann er unmöglich zur Beseitigung dieser Unbilligkeit bestimmen, daß der Bann blos 3 Monate dauern solle. Auch müßte, wenn jene Ansicht richtig wäre, die o. n. n. wie früher nach einem Jahr so jetzt nach 3 Monaten nothwendig von selbst erlöschen, also der Nunciat ohne Caution fortfahren können: nach l. un. C. ist aber das Fortbauendürfen nach 3 Monaten immer noch von der Cautionsleistung abhängig. Es dauert demnach jetzt die o. n. n. ohne zeitliche Schranke fort. Diese zeitliche Unbeschränktheit enthält auch für den Unternehmer keine Härte: denn Justinian will ja, daß regelmäßig der die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Nunciation erörternde Proceß in 3 Monaten entschieden sei, mit welcher Entscheidung das Provisorium der o. n. n. aufgehoben ist. Bis zu dieser Entscheidung aber muß der Nunciat sistiren, nur wenn ausnahmsweise der Proceß sich länger als 3 Monate hinzieht, darf er gegen Caution fortbauen: die nach Pandectenrecht ihm zustehende Befugniß der sofortigen Aufhebung des Banns durch Cautionsleistung hat er nicht mehr (Ziff. 75). Indem aber Diejenigen, welche diese Ansicht theilen, alle diese Aenderungen als durch l. un. cit. herbeigeführt ansehen, und sogar behaupten, daß für das unbedingte Sistirenmüssen während dreier Monate dem Nuncianten die Verpflichtung zur sofortigen Klaganstellung obliege, muß-

ten sie sich den Vorwurf zuziehen, daß nach ihrer Ansicht „der Kaiser in einer ein ziemlich bescheidenes Gepräge tragenden Constitution den bisherigen Gang der Dinge in bedeutsamster Weise beiläufig und mittelbar abgeändert habe" (Schmidt Jahrb. IV. S. 224). Dieser Vorwurf wird hinfällig, wenn man die Annahme aufgiebt, als sei die l. un. cit. in unmittelbarem Anschluß an das in allen Beziehungen noch geltende Digestenrecht erlassen, wenn man die in dem zwischen Ulpian und Justinian liegenden Zeitraum eingetretenen Veränderungen in's Auge faßt und die Frage sich klar macht, wie die Justinianeische Constitution in den zu ihrer Zeit bestehenden gegenüber dem Digestenrecht sehr veränderten Rechtszustand eingreift. Es wird sich dann zeigen, daß die Verpflichtung für den Unternehmer trotz seines Cautionsanerbietens zu sistiren und die Pflicht für den Nuncianten zu klagen — wenigstens in gewissem Sinn — schon früher bestanden hat, daß Justinian's Bestimmung sich, neben der Aufhebung der einjährigen Dauer der o. n. n., nur auf die Dauer des Processes bezieht und daß er für den Ausnahmsfall wenn der Proceß länger dauert als er nach jener Vorschrift regelmäßig dauern soll, dem Nunciaten das demselben nicht mehr zustehende Recht der Cautionsleistung neu einräumt. —

Der Streit über den Inhalt und die Tragweite der l. un. C. cit. dreht sich hauptsächlich um zwei Puncte, nämlich einmal: welches die causa intra spatium trium mensium dirimenda ist, bezüglich von wem die Sache an das Gericht gebracht wird, und sodann: ob das Recht des Nunciaten gegen Caution fortfahren zu dürfen auf den Ausnahmefall („wenn der Proceß

innerhalb 3 Monaten nicht entschieden werden kann") beschränkt und insofern das alte Recht geändert ist, oder ob der Nunciat auch jetzt noch wie zur Zeit der Pandectenjuristen den Bann der o. n. n. jeder Zeit durch Caution aufheben kann.

74. Eine sichere Beantwortung dieser Fragen wie überhaupt ein Verständniß der l. un. cit. ist, wie schon bemerkt, nur möglich, wenn man die Veränderungen berücksichtigt, die seit der Zeit Ulpian's bis zu Justinian, in einem Zeitraum von 300 Jahren, eingetreten sind, und die nothwendigerweise von Einfluß auf die Lehre von der o. n. n. sein mußten. Diese Aenderungen sind einerseits die Aufhebung der Trennung des Processes in ein Verfahren *in jure* und *in judicio*, eine Aenderung, die man gewöhnlich seit Diocletian datirt, andererseits der offenbar schon längere Zeit vor Justinian eingetretene[37]) Wegfall der *cautio judicatum solvi*.

Der Gedanke der o. n. n. des classischen Rechts war, wie wir gesehen haben, der, daß der Privateinspruch die Wirkung eines prätorischen Verbots haben soll, daß aber dem Nunciaten die Befugniß zusteht, durch seinen Remissionsantrag diesen Einspruch als einen ungerechtfertigten anzufechten. Darauf erfolgte nachträglich das Gehör beider Theile vor dem Prätor, der nunmehr, wenn jeder Theil auf seiner Behauptung bestand, ein bedingtes prohibitorisches Interdict an den Nunciaten erließ, worin er ihm die Fortsetzung des inhibir-

37) Sonst hätte Justinian in pr. J. de satisd. 4. 11. nicht sagen können, daß sie durch den usus beseitigt sei.

ten opus für den Fall, daß dem Nuncianten ein materielles jus prohibendi zustehe, untersagte. In dieser Umwandlung des in seiner Wirkung von einem materiellen Recht ganz unabhängigen Privatverbots in ein von einem materiellen Recht abhängiges prätorisches Interdict lag eine Aufhebung des formellen Banns, so daß der Nunciat infolge des Remissionsinterdicts weiterbauen konnte, ohne das demolitorische Interdict fürchten zu müssen. Dieses Remissionsdecret wurde aber nur dann ertheilt, also auch der formelle Bann der o. n. n. nur dann aufgehoben[38]), wenn vom Remissionssucher die cautio judicatum solvi geleistet wurde; verweigerte er dieselbe, so kam es wie in anderen Fällen zur translatio possessionis, die hier ihren Ausdruck in dem Ausspruch des Prätors ‚nunciatio tenet', in dem Bestehenbleiben des formellen Banns der o. n. n. fand.

Da also Interdictenverfahren und cautio judicatum solvi in so engem Zusammenhang mit der Remission stehen, so muß durch Wegfall beider die Lehre sich insofern vollständig geändert haben.

1) Das alte Interdictenverfahren und folglich das alte Remissionsverfahren beruhte wesentlich auf der Voraussetzung einer Trennung des Verfahrens vor dem Prätor, der ohne nähere Untersuchung bedingte Befehle erließ, und vor dem judex, dem der Prätor die Untersuchung der Frage, ob die Bedingung seines Befehls vorhanden sei, überließ. Seit dem Wegfall dieser Voraussetzung sind die Interdicte gewöhnliche Klagen geworden. Während früher die Obligation zum Restituiren, Exhibiren oder Unterlassen erst durch den prä-

38) Vorausgesetzt natürlich, daß die o. n. n. nicht gleich in jure als unbegründet sich erwies.

torischen Befehl begründet wurde und die Klage sich auf die Verletzung dieses Befehls stützte, besteht jetzt die Verpflichtung zum Unterlassen u. s. w. kraft Gesetzes, ohne daß es des Mediums eines prätorischen Befehls bedarf: das Unterlassenmüssen einer Besitzstörung z. B. ist nicht mehr Folge des prätorischen interdictum uti possidetis, bei dessen Verletzung erst die actio ex interdicto angestellt wird, sondern es ist allgemeine Rechtsnorm, daß der Besitz nicht gestört werden darf und wer dieser Norm zuwiderhandelt, setzt sich sofort der Klage aus. Wie gestaltet sich das nun hinsichtlich des Remissionsinterdicts? Der Inhalt der durch dasselbe begründeten Verpflichtung war: Unternehmer muß sistiren, falls Nunciant ein jus prohib. hat. Kann man nun hier wie bei anderen Interdicten sagen: statt daß diese Verpflichtung erst durch den prätorischen Befehl begründet wird, entsteht sie jetzt kraft allgemeiner Rechtsnorm? An und für sich unzweifelhaft ja. Nur ist das nichts anderes als die dem dinglichen Recht correspondirende allgemeine Verpflichtung eines jeden dritten, das jus prohibendi nicht zu verletzen. Nun hatte aber das Remissionsinterdict, abweichend von anderen Interdicten, neben der Begründung der bedingten Verpflichtung für den Unternehmer noch die weitere Function, den formellen Bann der o. n. n. aufzuheben. Unmöglich kann aber diese Function des prätorischen Remissionsdecrets jetzt jener allgemeinen gesetzlichen Obligation zukommen: es wäre sonst die ganze o. n. n. ein vollkommen unnützes Institut, denn ihre Wirkung wäre im Moment ihres Anfangs auch beendet gewesen; an Stelle der durch die o. n. n. begründeten Pflicht, ohne Rücksicht auf das materielle Recht zu sistiren, wäre sofort die ganz gewöhnliche

Pflicht getreten, das dingliche Recht des Nuncianten durch das opus nicht zu verletzen. Das würde aber eben nichts anderes heißen als daß der o. n. n. überhaupt keine Wirkung zukomme und das ganze Institut der o. n. n. erloschen sei.

Da nun, wie schon unsere l. un. C. zeigt, die o. n. n. noch giltig ist und da doch infolge des veränderten Proceßverfahrens auch das Remissionsverfahren nicht mehr in der früheren Weise bestehen kann, so müssen nothwendig die Grundsätze über die Aufhebung der o. n. n. durch Remission andere geworden sein.

Der Nunciat kann wie früher so auch jetzt noch einen Remissionsantrag stellen und vom Nuncianten Angabe des Nunciationsgrunds verlangen[89]), das an diesen Antrag sich anschließende Verfahren ist aber jetzt ein anderes. Der eine Richter, bei dem die Beschwerde angebracht wird, hat die Untersuchung zu führen und die Entscheidung zu treffen. Vor der definitiven Entscheidung über das materielle Recht erfolgt kein Ausspruch, der die Wirkung hätte, den durch die o. n. n. begründeten Bann aufzuheben und dem Nunciaten die factische Baubefugniß zu geben: der Nunciat ist jetzt während des ganzen Processes gebunden. Wenn der Prätor statt dem judex die Sache zu überweisen, sich die vollständige Untersuchung über den Remissionsantrag, über das jus prohib. und aedificandi, vorbehalten hätte, um in extraordinaria cognitio darüber zu entscheiden, so würde von ihm auch definitiv über das jus prohib. und aedific. und damit über das tenere oder non tenere der o. n. n. entschieden worden sein, bis zu

89) Vgl. unten Ziff. 79.

dieser Entscheidung aber der Bann der o. n. n. fortgedauert haben. Ja wir brauchen diesen Fall nicht einmal zu fingiren: das auf die o. n. n. damni depellendi causa hin erfolgende Remissionsverfahren war in der That so beschaffen. Der Prätor erläßt hier kein hypothetisches Interdict, da er die Untersuchung der Frage, ob der Anspruch auf Leistung der c. damni infecti begründet sei, sich vorbehielt: seine Entscheidung erfolgt erst am Schluß der Verhandlungen uud ist eine unbedingte, definitive, bis dahin aber dauert der Bann der o. n. n. fort. Das, was in der vordiocletianischen Zeit die Ausnahme ist, die extraordinaria cognitio vor einem Richter, ist später die Regel geworden und so ist das in jenem Ausnahmsfall stattfindende Verfahren jetzt die Regel. So wenig wie dort auf den blosen Remissionsantrag hin die o. n. n. aufgehoben wurde, sondern der Nunciat bis zur Entscheidung der Frage, ob die Cautionsforderung eine berechtigte sei, jedenfalls gebunden blieb, so dauert jetzt auch bei der o. n. n. juris nostri conservandi causa der formelle Bann fort, bis durch die Entscheidung über das materielle Recht zugleich die definitive Bestätigung oder Aufhebung des Banns ausgesprochen wird.

2) Die zweite Aenderung neben der eben erörterterten in Bezug auf das Verfahren ist der Wegfall der Verpflichtung des mit einer dinglichen Klage Belangten die *cautio judicatum solvi* zu leisten und des damit zusammenhängenden Satzes, daß bei Nichtleistung dieser Caution eine translatio possessionis eintrete. Diese Verpflichtung äußerte ihre Wirkung hinsichtlich der o. n. n. dahin, daß die Ertheilung des bedingten Remissionsdecrets und die damit verbundene

Aufhebung der o. n. n. von der Leistung der cautio judic. solvi abhängig war. Welchen Einfluß hat nun der Wegfall dieser Verpflichtung?

Nehmen wir eine Zeit an, wo schon die Untersuchung und Entscheidung über das jus prohib. an einen Richter gewiesen war, aber doch noch für Beklagten die Pflicht zur Leistung der c. judic. solvi bestand, so war trotz Wegfall des Remissionsverfahrens das Verhältniß noch insofern das gleiche, als auch bei der jetzt einheitlichen gerichtlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der o. n. n. dem Nunciaten die Pflicht zur Cautionsleistung bei Strafe der translatio possessionis oblag: leistete er die Caution, so konnte er wie früher nach ertheiltem Remissionsdecret ungestört fortfahren, verweigerte er dieselbe, so band ihn die o. n. n. fortdauernd [40]).

40) Angenommen, daß der Wegfall der Verpflichtung zur Leistung der c. jud. solvi früher eingetreten sei als die Aenderung des Verfahrens, wie würde sich die Sache alsdann gestaltet haben? Hatte der Wegfall der Pflicht zur Cautionsleistung die Wirkung, daß der Prätor ohne Cautionsleistung das bedingte Remissionsdecret ertheilte und damit den formellen Bann der o. n. n. aufhob? Es scheint, als ob man diese Frage bejahen müsse: wegen Verweigerung der Caution, zu deren Leistung keine Verpflichtung mehr bestand, konnte der Prätor nicht mehr den Nachtheil eintreten lassen, der früher den die Erfüllung der Pflicht Verweigernden traf: er konnte nicht mehr eine unbedingte Bestätigung der o. n. n. aussprechen. Auf der andern Seite würde aber doch bei dieser Annahme die o. n. n. ein ziemlich unnützes Institut geworden sein, es würde nur eines Gangs zum Prätor bedurft haben, um den Bann zu beseitigen, und es wären die Klagen über

Nun ist aber im Justinianeischen Recht und schon vor Justinian die c. judic. solvi weggefallen. Dies hat, wenn keine o. n. n. vorausgegangen ist, für den petitorischen Proceß die Folge, daß der Beklagte, wie er früher gegen c. jud. solvi das Recht fortzubauen erhielt, jetzt dieses Recht ohne die Caution hat: wie der mit der rei vindicatio belangte Beklagte jetzt den Besitz und Fruchtgenuß während des Processes behält, ohne dem Kläger Sicherheit leisten zu müssen, so darf der mit der actio negatoria oder confessoria Belangte fort-

die in der o. n. n. liegende Härte für den Unternehmer unverständlich (Vgl. S. 534. ff.). Man würde daher wohl schon für diese Zeit annehmen müssen, daß das eigenthümliche mit dem bedingten Remissionsdecret abschließende Remissionsverfahren nicht mehr existirt habe, daß der Unternehmer von dem Bann der o. n. n. nicht durch ein solches die Fortdauer der o. n. n. von einem jus prohib. abhängig machendes und die Untersuchung dieser Voraussetzung dem judex überweisendes Decret befreit worden sei, und daß mit dem Wegfall der Pflicht zur Cautionsleistung, deren Erfüllung das Recht fortbauen zu dürfen zur Folge hatte, auch diese Folge weggefallen und nicht an die Stelle der Pflicht zur Cautionsleistung das Recht zur Cautionsleistung getreten sei. — Es ist jedoch als sicher zu betrachten, daß die Aenderung hinsichtlich des Verfahrens in eine frühere Zeit fällt als der Wegfall des Satzes, daß der Beklagte c. jud. solvi zu leisten hat. Noch in l. un. C. uti poss. 8. 6. (Diocl. et Maxim.) ist die Rede von satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma, die der Richter im Eigenthumsstreit beobachten soll, während als der Richter, der über die Besitz- wie Eigenthumsfrage entscheiden soll, der rector provinciae bezeichnet wird.

bauen, ohne dem Kläger zur Sicherheitsleistung wegen Restitution verpflichtet zu sein. Ist das aber auch so, wenn der Kläger vorher nunciirt hat? Kann dann der Beklagte trotz der o. n. n. während des Processes fortbauen? Sicherlich nicht ohne Caution. Man kann nicht argumentiren: „früher mußte im petitorischen Proceß Caution geleistet werden, wogegen der Beklagte die factische Baubefugniß erhielt, und daher wurde die Aufhebung der o. n. n. durch das Remissionsdecret, welches dann zur Entscheidung über das materielle Recht führte, nicht ausgesprochen, ohne daß der Unternehmer Caution leistete; jetzt aber kann der Beklagte im petitorischen Proceß ohne Caution fortfahren, folglich muß die o. n. n. ohne Caution aufgehoben werden". Denn die Wirkung der o. n. n. war mit der Veränderung des Verfahrens und dem Wegfall der Verpflichtung zur Leistung der c. jud. solvi nicht beseitigt, der Bann war zunächst wirksam, und es fehlte an einem Ausspruch, der ihn formell aufhob, da der Richter vor Entscheidung der Sache einen dahin zielenden Ausspruch nicht thun konnte: bis zu dieser Entscheidung dauerte daher der Bann an sich fort. Auf der anderen Seite können aber, seit Wegfall der Verpflichtung zur Leistung der c. judic. solvi, auch die frühern Folgen der Verweigerung dieser Caution nicht mehr im vollen Umfang eintreten. Die Folge der verweigerten Caution im Remissionsverfahren war der Ausspruch nunciatio tenet und das war nichts anderes als eine Form der translatio possessionis, d. h. der Unternehmer durfte nicht bauen und mußte seinerseits als Kläger auftreten. Letztere Folge, Vertauschung der Parteirollen, ist natürlich jetzt weggefallen. Hingegen die Verpflichtung für den Nunciaten, in dem vom Nuncianten ange-

stellten petitorischen Proceß zu sistiren, ist geblieben: trotz Aufhebung der Cautionspflicht kann er im petitorischen Proceß nach vorausgegangener o. n. n. doch nicht ohne Caution fortfahren. Man hat nur die Alternative zwischen dieser Annahme und der anderen, daß das ganze Institut der o. n. n. beseitigt sei: denn so lange die o. n. n. mit ihrer Wirkung besteht, kann ohne einen Aufhebungsgrund der formelle Bann der o. n. n. nicht beseitigt werden, und die Anstellung der Klage durch den Nuncianten ist natürlich ein solcher Aufhebungsgrund nicht. Für welches der beiden Glieder dieser Alternative man sich zu entscheiden hat, ist gegenüber der l. un. C. cit. nicht zweifelhaft.

75. Läßt sich aber der Satz, daß der Nunciat ohne Cautionsleistung während des petitorischen Processes nicht fortbauen darf, dahin umkehren, daß er durch Cautionsleistung diese Befugniß erwerben kann? Hat der Nunciat das Recht der Cautionsleistung? Die Frage muß unbedingt verneint werden.

Es ist, wie schon angedeutet wurde, ein falscher Ausgangspunct, wenn man bei dieser Frage lediglich auf unsere l. un. C. cit. sieht und sie aus ihr beantworten will. Auch die im Resultat richtige Ansicht, nach welcher der Nunciat erst nach dreimonatlicher Proceßführung das Recht der Cautionsleistung hat, fehlt darin, daß sie annimmt, Justinian sei es, der durch diese Bestimmung die bis dahin zulässige Cautionsleistung verboten habe. Justinian hebt nicht etwa das bis dahin bestehende Recht der außergerichtlichen Caution auf unter Beschränkung desselben auf den Fall dreimonatlicher Proceßverzögerung, sondern er führt das zu seiner Zeit gar

nicht mehr bestehende Recht der Cautionsleistung erst neu wieder ein für den von ihm als Ausnahme betrachteten Fall, wenn der Proceß länger als 3 Monate dauert. Den Beweis für die Richtigkeit dieser von der gewöhnlichen Meinung allerdings abweichenden Ansicht liefert die im Folgenden näher zu betrachtende l. 12. C. de aedif. priv. 8. 10. und unsere l. un. C. cit., insofern als beide den Rechtszustand voraussetzen, daß der Nunciat während des Processes sistiren muß, ohne die Möglichkeit zu haben durch Cautionsleistung sich von dem Bann zu befreien. Es läßt sich aber für diese Aenderung auch ein innerer Grund aus dem engen Zusammenhang, in welchem die Entstehung des Rechts der außergerichtlichen cautio ex o. n. n. mit der Pflicht der Leistung der cautio judicatum solvi steht, nachweisen. Da im Remissionsverfahren die cautio judicatum solvi geleistet werden mußte, wenn nicht die o. n. n. für tenent erklärt werden sollte, so war die außergerichtliche Caution nicht eigentlich ein selbständiges Recht, sondern gewährte nur die Bequemlichkeit, die vexatio ad praetorem veniendi mit der Bitte um Remission nach vorgängiger cautio judicatum solvi zu vermeiden. Die Cautionsleistung auf die o. n. n. hin war also für den, der trotz der o. n. n. fortbauen wollte, eine Pflicht, mit der Erleichterung, daß er dieselbe statt gerichtlich auch außergerichtlich erfüllen konnte: die Folge der Erfüllung dieser Pflicht war das Recht fortbauen zu dürfen. Nun ist die Verpflichtung zur Leistung der cautio jud. solvi im spätern Recht weggefallen und damit auch die Pflicht für den Nunciaten zur Leistung der cautio ex o. n. n. An sich bestände nun die doppelte Möglichkeit: entweder es kann — infolge des

engen Zusammenhangs der cautio jud. solvi und der cautio ex o. n. n. und infolge des Grundsatzes, daß das Recht nach Leistung der Caution fortzubauen nur eine Folge der Erfüllung der Pflicht zur Leistung der Caution ist — mit Wegfall der Pflicht zur c. jud. solvi auch das Recht zur cautio ex o. n. n. und zum Fortbauen gegen diese Caution weggefallen, oder aber es kann das Recht der außergerichtlichen Cautionsleistung als ein selbständiges Recht des Nunciaten bestehen geblieben sein, so daß, während früher dieselbe nur eine Bequemlichkeit für den Nunciaten war, sie jetzt ein wesentliches Recht für ihn wäre.

Welche der beiden Möglichkeiten ist wirklich? Auf den ersten Blick scheint es, als müsse man sich für die letztere entscheiden. Es erscheint als ein Bedürfniß für den Nunciaten, daß er sich von dem Bann der o. n. n. wie früher durch eine Caution de opere restituendo befreien kann, und wenn auch die Pflicht nicht mehr für den Beklagten im petitorischen Proceß besteht, c. jud. solvi zu leisten, um die Befugniß des Fortbauens zu erlangen, so kann ihm doch immerhin da, wo ihm diese Befugniß ohne Cautionsleistung nicht zusteht, wie das infolge der o. n. n. der Fall ist, das Recht eingeräumt werden, gegen Cautionsleistung sich die Befugniß zu verschaffen. Freilich hat man bei dieser Argumentation vorwiegend das Interesse des Unternehmers im Auge, denn für den Nuncianten ist es unzweifelhaft vortheilhafter, wenn mit dem opus innegehalten werden muß und dem Unternehmer nicht das Recht der Cautionsleistung zusteht. Und diese Rücksicht auf den Nuncianten hat überwogen.

In l. 12. §. 7. C. de aedif. priv. 8. 10[41]) wird über chicanöse Nunciationen und über die dadurch herbeigeführte Nothwendigkeit begonnene Bauten unvollendet zu lassen geklagt und zur Abwendung des Hauptübelstands, daß nämlich der ein obsiegliches Erkenntniß davon tragende Unternehmer doch noch nicht fortfahren darf, wenn der den Bau Hindernde unter dem Vorwand der Appellation die Fatalien erwartet, ein abgekürztes Appellationsverfahren vorgeschrieben. Die Stelle lautet in der lateinischen Uebersetzung so:

Illud etiam lege complectimur, ne probi homines calumniatorum fraudibus laedantur. Multi enim invidia lites, non propter acceptam injuriam aedificare volentibus struentes, morae ipsi auctores fiunt, ita ut *qui coeperat aedificare, deinde prohibitus opusque imperfectum relinquere coactus* et in judicium protractus, *pecuniam, pro qua exstruere domum sperabat, in litem insumat,* quodque omnium absurdissimum est, victricem sententiam consecutus velut *indissolubilibus nihilo minus vinculis irretiatur,* dum is qui prohibuit opus, obtentu appellationis fatales dies exspectat et *se impedimento operi fuisse cum calamitate vicini gaudet.* Constituimus itaque etc. — ita, ut omni dilatione praecisa legitimus finis causae imponatur, *neque si hiems forte adsit vel appropinquet, dum ampla exspectent fatalium tempora, is, qui aedificare voluit et contra jus prohibitus est, intolerabilia*

41) Die — nicht glossirte — Stelle ist von Zeno, der bis 491 regiert.

damna sustineat. — Noverint autem omnes, qui prohibere aedificantes praesumunt, se victos omnia illis damna, quae obvenerint, restituturos *nec non materiarum pretium, quae intra litis tempora corruptae aut deteriores factae esse videbuntur.*

Diese Constitution mit ihren Klagen über die Nachtheile, die den Nunciaten treffen, hat nur Sinn unter der Voraussetzung, daß ihm nicht die Möglichkeit gegeben ist, durch Caution sich das Recht der Fortsetzung zu verschaffen. Wie könnte sonst gesagt werden, er sei opus imperfectum relinquere coactus und müsse das zum Bauen bestimmte Geld auf den Proceß verwenden, ja er sei auch bei einem Sieg in erster Instanz indissolubilibus vinculis gebunden, wenn der Gegner unter dem Vorwand der Appellation die Fatalien erwarte? Welche Fürsorge läge sonst in der Bestimmung, daß der Proceß ohne jede Weiterung zu Ende geführt werden solle, ne si hiems forte adsit vel appropinquet, dum ampla exspectent fatalium tempora, is qui aedificare voluit et contra jus prohibitus est, intolerabilia damna sustineat? Und wie wäre endlich sonst die Bestimmung hinsichtlich der Ersatzpflicht des unterliegenden Nuncianten denkbar, daß er allen Schaden ersetzen muß nec non materiarum, quae intra litis tempora corruptae vel deteriores factae esse videbuntur?

Es kann hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß zu Zeno's Zeit der Nunciat nicht die Befugniß hatte, durch Cautionsleistung sich das Recht des Weiterbauens zu verschaffen. Nun ist die von Zeno für die Hauptstadt erlassene l. 12. C. cit. von Justinian und zwar ein Jahr vor Erlaß der l. un. C. h. t. auf das ganze

Reich ausgedehnt worden[42]). Folglich muß, wenn nicht nachgewiesen wird, daß zwischen dem Jahr 531 und 532 wieder eine Aenderung in dieser Beziehung getroffen ist, auch l. un. C. h. t. auf der Voraussetzung beruhen, daß dem Nunciaten die Befugniß zur Cautionsleistung nicht zusteht, sondern derselbe während der Dauer des Processes bis zur definitiven Entscheidung der Sache sistiren muß.

76. Unter dieser Voraussetzung und nur unter dieser hat denn auch unsere l. un. C. einen guten Sinn. Hält man fest, daß zu Justinian's Zeit der Nunciat während des über die Rechtmäßigkeit der o. n. n. in materieller Beziehung entstandenen Processes unbedingt sistiren muß, ohne wie in der älteren Zeit das Recht der Cautionsleistung zu haben, und bedenkt man dabei die endlose Dauer der Processe zu jener Zeit[43]), so liegt allerdings in dem Satz, daß die Wirkung der o. n. n. ein Jahr lang dauert, nach einem Jahr aber erlischt und eine Wiederholung nicht zulässig ist, eine doppelte Härte, für den Unternehmer wie für den Nuncianten. Der Bann der o. n. n. findet nur durch das Endurtheil in dem Proceß über die Rechtmäßigkeit des Einspruchs seine Erledigung. Wenn nun dieser Proceß ein Jahr lang dauert, so muß der Unternehmer seinen Bau ein ganzes Jahr lang liegen lassen, woraus ihm unerträg-

42) L. 13. C. eod. 8. 10.

43) Wenn Justinian in l. 13. C. de judic. 3. 1. zur Beschleunigung der Processe vorschreibt, daß sie in 3 Jahren beendet werden sollten, so kann man sich eine ungefähre Vorstellung von der Dauer eines nicht beschleunigten Processes machen.

licher Nachtheil, durch Verschlechterung des Baumaterials und in anderer Weise, erwachsen kann. Für den Nuncianten aber ist es hart, daß bei einer Dauer des Processes über ein Jahr ohne Weiteres mit dem Bau fortgefahren werden darf, ohne daß er ihn von Neuem zu inhibiren berechtigt ist. Für den berechtigten Unternehmer ist die einjährige Dauer der o. n. n. in Wahrheit eine zu lange, für den berechtigten Nuncianten, da eine Wiederholung nicht zulässig ist, eine zu kurze.

Bei der gegnerischen Annahme hingegen, daß dem Unternehmer das Recht der Cautionsleistung zugestanden habe, würde nicht von einer doppelten Unbilligkeit die Rede sein können: der Satz, daß nach einem Jahr die o. n. n. und damit auch die für diese Zeit geleistete Caution erlösche und eine Wiederholung des Verbots nicht zulässig sei, wäre allein für den Nuncianten hart, und die Abhilfe würde darin zu bestehen haben, entweder die Dauer der Wirksamkeit der o. n. n. über ein Jahr hinaus, am besten bis zur Beendigung des Processes, zu verlängern oder aber die Wiederholung der o. n. n. zuzulassen. Für den Unternehmer würde, wenn man überhaupt einmal dem Privatverbot bindende Kraft beilegt, die Bestimmung, daß die o. n. n. ein Jahr lang wirke, nicht hart gewesen sein: er hätte es ja dann jeden Augenblick in der Hand gehabt, durch Cautionsleistung den Bann aufzuheben. Man kann nicht etwa sagen, die Härte für den Unternehmer liege eben darin, daß er nur gegen Caution die Baubefugniß vor Ablauf eines Jahrs erlange und daß die Stellung von Bürgen eine unbequeme und für den Vermögenslosen schwierige Sache sei: es wäre das nicht nur ein Argument, welches sich gegen die Wirksamkeit der o. n. n. überhaupt richten

und demnach zu viel beweisen würde, sondern es hätten dann offenbar die Klagen über die darin liegende Härte schon früher vorkommen müssen, vor allen Dingen aber hätte Justinian eine Abhilfe dieses Uebelstandes nicht darin sehen können, daß er bestimmt, es solle der Unternehmer, „falls der Proceß nicht in 3 Monaten zu Ende geführt sei", das Recht haben gegen bürgschaftliche Sicherheitsleistung fortzufahren. Wenn auch in dem Ausnahmsfall nur gegen Caution fortgebaut werden darf, so kann das, was Justinian unbillig erscheint, unmöglich das nur gegen Caution Fortfahrendürfen sein: die Schwierigkeit der Cautionsleistung ist nach 3 Monaten nicht geringer als vorher. Es ist vielmehr die den berechtigten Unternehmer treffende Härte und Unbilligkeit lediglich die, daß er gar nicht die Möglichkeit der Caution hatte und darum bei der regelmäßig über ein Jahr währenden Dauer der Processe ein ganzes Jahr lang gebunden war (decet non per totum annum impediri).

Wie war diesem doppelten Uebelstand abzuhelfen? Die Verkürzung oder Verlängerung der Zeit, während welcher die o. n. n. binden sollte, wäre immer nur im einseitigen Interesse einer der Parteien gewesen. Durch eine Verkürzung der Frist wäre allerdings für die Interessen des Unternehmers gesorgt gewesen, indem dieser nach kurzem Bann ohne Weiteres hätte fortfahren können, dadurch wäre aber der berechtigte Nunciant, für den ja doch die Zeit eines Jahres noch als zu kurz betrachtet wurde, geschädigt und die iniquitas gegen ihn zu Gunsten des Unternehmers vergrößert worden. Auf der anderen Seite würde durch eine Verlängerung der einjährigen Frist auf die ganze Dauer des langen Pro-

cesses oder durch Zulassung der Wiederholung der o. n. n. zwar für das Interesse des Nuncianten ausgiebig gesorgt, der Unternehmer aber, der auch durch Caution sich nicht frei machen konnte, noch schlimmer daran gewesen sein als früher[44]).

Eine Möglichkeit, den Interessen beider Theile gerecht zu werden, wäre die gewesen, daß man das alte infolge des Wegfalls des Remissionsdecrets und der cautio judicatum solvi verschwundene Recht der Cautionsleistung wieder eingeführt und der o. n. n. eine zeitlich unbeschränkte Wirksamkeit beigelegt hätte: der Unternehmer hätte dann die Möglichkeit gehabt durch sofortige Cautionsleistung sich das Recht der Fortsetzung zu verschaffen, und der Nunciant wäre, wenn Caution geleistet worden, durch diese Caution, sonst aber durch das tenere der o. n. n. geschützt gewesen. Zu diesem Ausweg hat Justinian so wenig wie Zeno gegriffen. Der Uebelstand, der Justinian zu einer Abhilfe treibt, war nämlich nicht der allein, daß die o. n. n. ein ganzes Jahr und nur ein Jahr lang wirkte: nur im Zusammenhang mit der langen Dauer der Processe in der spätern Zeit wurde dieser Satz unerträglich. Aus dieser Erwägung ist l. un. C. hervorgegangen. Justinian packt das Uebel an der Wurzel. Der Hauptübelstand war die lange Dauer der Processe: wird die Frage nach der materiellen Berechtigung des Nuncianten und des Unternehmers in kurzer Zeit entschieden, so ist damit im Wesentlichen auch das Uebel der zu langen oder zu kurzen Dauer der o. n. n. gehoben[45]). Daher bestimmt

44) Vgl. oben Ziff. 73.

45) Schon Zeno hat den Gedanken, daß durch eine Be-

Justinian, daß der Proceß über das materielle Recht binnen 3 Monaten beendet sein soll. Wenn aber die als Regel vorausgesetzte Entscheidung binnen 3 Monaten ausnahmsweise nicht möglich ist, dann soll der Unternehmer licentiam habere opus, de quo agitur, efficere, prius fidejussore ab eo dato etc. Der Sinn dieser Bestimmung kann nach dem bisher Ausgeführten kaum zweifelhaft sein: während der regelmäßigen Dauer des Processes, die höchstens 3 Monate beträgt, muß der Unternehmer sistiren, wie er es vor der l. un. C. eventuell ein ganzes Jahr lang mußte, ohne daß er während des Processes das Recht hat gegen Cautionsleistung fortzufahren; nur dann, wenn ausnahmsweise die Entscheidung sich über 3 Monate verzögert, soll er während des Processes fortfahren dürfen, aber nicht etwa wie früher nach Ablauf eines Jahres ohne Weiteres infolge des Erlöschens der o. n. n., sondern nur gegen Caution. Damit ist, wenn es auch nicht ausdrücklich gesagt wird, doch stillschweigend die alte Bestimmung über die einjährige Dauer der o. n. n. ganz beseitigt. Da nach Justinian's Vorschrift die regelmäßige Dauer derartiger Processe höchstens 3 Monate betragen soll, so denkt er wohl kaum an den Fall, daß ein solcher Proceß noch über ein Jahr hinaus dauert, aber gewiß

schleunigung des Processes geholfen werden müsse. Seine Abhilfe ist aber ungenügend; er findet es besonders hart, daß der in der ersten Instanz siegreiche Unternehmer durch die Chicane des Nuncianten während der Appellationsinstanz mit ihren langen Fristen gebunden sein soll, und schreibt deßhalb ein schleuniges Verfahren für die Appellationsinstanz vor. Viel gründlicher und energischer geht Justinian zu Werk.

ist seine Absicht nicht die, daß, wenn das einmal vorkommt, die o. n. n. und die etwa geleistete Caution nach einem Jahr erlöschen[46]).

In der That ist durch Justinian's Bestimmung für das Interesse beider Theile gesorgt, sowohl durch die Regel, wie durch die Ausnahme. Jeder verliert, aber Jeder gewinnt auch gegenüber dem bisher bestehenden Rechtszustand.

Am klarsten — und das sieht man gewöhnlich allein — ist der Vortheil für den Nuncianten. Allerdings verliert er bei einer Dauer des Processes über ein Jahr das Recht, daß der Unternehmer während des ganzen Processes sistiren muß; aber dieser Fall ist eine Ausnahme, der Regel nach ist der Unternehmer doch während des ganzen Processes gebunden, denn in 3 Monaten soll der Proceß entschieden sein und so lange darf der Unternehmer unbedingt nicht bauen. Sollte aber der Ausnahmefall eintreten, so ist der Nunciant wenigstens durch die Caution gesichert, da der Unternehmer auch nach 3 Monaten nicht ohne Weiteres, sondern nur gegen Caution fortfahren darf.

Aber auch für das Interesse des Unternehmers ist durch diese Bestimmung gesorgt. Früher durfte er, wenn der Proceß sich ein ganzes Jahr lang hinzögerte — und das war nichts seltenes —, während des ganzen Jahres nicht bauen, auch nicht gegen Caution; nach einem Jahr konnte er ohne Caution fortfahren, wenn bis dahin die Sache nicht entschieden war. Dieses letztere Recht verliert er, er gewinnt aber insofern, als der Proceß jetzt der Regel nach in 3 Monaten beendet ist,

46) Vgl. auch Stölzel S. 319 ff. 326 ff.

das ungerechte Verbot ihn also höchstens 3 Monate unbedingt bindet. Unserer heutigen Anschauung mag allerdings ein unbedingtes Wartenmüssen während eines Zeitraums von 3 Monaten immerhin noch als hart erscheinen, für Justinian's Zeit, in welcher eventuell ein Jahr lang unbedingt sistirt werden mußte, war das jedoch ein wesentlicher Fortschritt und Justinian konnte darin wohl eine Fürsorge für den Unternehmer erblicken: drei Monate lang konnte derselbe sich wohl gedulden und dies gegenüber dem früheren Gebundensein während eines Jahres als eine Wohlthat empfinden. Und in dem Ausnahmefall hat er immer noch einen Gewinn gegen den Verlust: er kann zwar nicht mehr nach einem Jahr ohne Caution sein opus fortsetzen, ist aber doch auch nicht mehr ein ganzes Jahr lang unbedingt gebunden, sondern hat schon nach 3 Monaten das Recht fortzufahren, wenn er Caution leistet.

Von Justinian's Standpunct aus kann man in der That dem von ihm gerügten doppelten Uebelstand kaum besser abhelfen. Man hat es hart gefunden, daß der Unternehmer drei Monate lang unbedingt gebunden sein soll, und hat darum gemeint, Justinian's Absicht gehe gar nicht dahin, das in Bezug auf die Cautionsleistung geltende Recht der Digesten aufzuheben, sondern es solle dies neben dem Codexrecht fortbestehen, so daß der Unternehmer nach wie vor dem Ablauf der 3 Monate gegen Cautionsleistung den Bau fortsetzen könne[47]). — Wenn man aber die l. un. C. unbefangen prüft, so ist nicht zu verkennen, daß von dem Recht, auch vor

47) Vgl. z. B. Schmidt Jahrb. S. 226. Stölzel S. 330. Baron S. 535. 536.

Ablauf von 3 Monaten Caution zu leisten, nicht nur keine Rede ist, sondern daß Justinian von der Unstatthaftigkeit einer früheren Cautionsleistung ausgeht und dieselbe lediglich für den Fall der dreimonatlichen Proceßverzögerung zuläßt. Er unterscheidet einen regelmäßigen und einen Ausnahmefall und glaubt, durch die für beide Fälle getroffene Bestimmung für die Interessen beider Theile gesorgt zu haben: für den Ausnahmefall, wenn der Proceß länger als drei Monate dauert, durch die Caution, für den regelmäßigen Fall, wenn die Entscheidung spätestens in 3 Monaten getroffen wird, eben hierdurch, durch die Entscheidung in dieser kurzen Frist. Das, wodurch Justinian für den Ausnahmefall die Interessen beider Theile gewahrt findet, kann nun nicht zugleich das sein, was für den regelmäßigen Fall zur Fürsorge für Beide bestimmt ist. Es ist nur die Alternative möglich: entweder der Unternehmer ist 3 Monate lang gebunden, hat aber das Recht gegen Caution fortzufahren, hingegen nach 3 Monaten darf er ohne Caution fortfahren, oder der Unternehmer ist 3 Monate lang unbedingt gebunden ohne das Recht der Cautionsleistung zu haben, hingegen nach 3 Monaten hat er das Recht gegen Cautionsleistung fortfahren zu dürfen. Unmöglich kann die Bestimmung so verstanden werden: für den regelmäßigen Fall, wenn der Proceß in 3 Monaten entschieden wird, ist der Unternehmer 3 Monate lang gebunden, hat aber das Recht gegen Caution fortzufahren, für den Ausnahmefall, wenn der Proceß länger als 3 Monate dauert, ist er auch gebunden, hat aber auch das Recht gegen Caution fortzufahren. Wo bliebe dann das Verhältniß von Regel und Ausnahme? Beide würden in die Regel verschmolzen: der Unternehmer

darf nur gegen Caution fortfahren, und die Justinianeische Bestimmung würde nichts sagen als: womöglich sollen derartige Processe in 3 Monaten entschieden werden. Dann hätte Justinian nichts anderes als eben dies zu sagen gebraucht, die Bestimmung für den Ausnahmefall, daß der Unternehmer nach dreimonatlichem Proceß das Recht der Cautionsleistung habe, wäre dann vollkommen überflüssig, ja ohne Sinn. Es ist daher unzweifelhaft, daß die Bestimmung für den Ausnahmefall etwas besonderes, nur für diesen, nicht auch für den regelmäßigen Fall geltendes ist: nach drei Monaten darf der Unternehmer fortfahren, also darf er es vorher nicht, und dieses lediglich nach 3 Monaten Fortfahrendürfen erleidet nur eine Beschränkung durch die Voraussetzung der Cautionsleistung.

Somit besteht im Justinianeischen Recht gegenüber dem Recht der Digesten eine wesentliche Abweichung in Bezug auf die Befugniß der Cautionsleistung. Zugleich ist der Beweis erbracht, daß diese Aenderung nicht, wie die Anhänger sowohl als die Gegner dieser Ansicht annehmen, erst durch die l. un. C. cit. herbeigeführt ist. Das Recht der Digesten bestand schon vor Justinian nicht mehr. Zu Zeno's und Justinian's Zeit mußte der Unternehmer den Proceß hindurch wenigstens ein Jahr lang unbedingt sistiren, ohne das Recht der Cautionsleistung zu haben, nach einem Jahr durfte er ohne Caution fortbauen: nach l. un. C. cit. darf er schon früher fortbauen, nämlich nach dreimonatlicher Proceßführung, aber nur gegen Caution. Justinian führt das Recht der Cautionsleistung erst neu wieder ein. Wenn er aber für dieses neue Recht der Cautionsleistung aus-

drücklich die Bedingung setzt: sin vero aliquod fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus efficere etc., so ergiebt sich wieder mit logischer Nothwendigkeit die Folge, daß dieses Recht dann nicht zusteht, wenn die Bedingung nicht vorliegt, daß also der Unternehmer nicht auch vor 3 Monaten schon zur Fortsetzung gegen Caution berechtigt ist. In der That ist auch die Justinianeische Caution, ganz abgesehen von der Frage, in welchem Zeitpunct dieselbe zulässig ist, eine ganz andere als die der Digesten. Die letztere ist ein dem Nuncianten außergerichtlich geleistetes durch mehrere Bürgen gesichertes Versprechen, durch welches nicht blos Restitution des nach der o. n. n. Gemachten, sondern auch Restitution dessen versprochen wird, was überhaupt dem jus prohibendi zuwider gebaut ist. Die von Justinian eingeführte Caution wird nicht außergerichtlich dem Nuncianten, sondern dem Gericht durch Stellung eines Bürgen geleistet, und der Umfang der Caution ist ein beschränkter, es wird versprochen, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, *quod post denunciationem fecerit*, suis sumtibus destruet[48]). Es ist also in Wahrheit eine neue und andere Caution, die Justinian in l. un. C. einführt, und

48) Der Grund, weßhalb diese Justinianeische Caution sich nicht überhaupt auf das materiell rechtswidrig Gebaute erstreckt, liegt darin, daß diese Caution nicht wie die der Digesten in Zusammenhang mit der cautio judicatum solvi steht. Seit Wegfall der Verpflichtung der Leistung der c. judic. solvi braucht der Beklagte nicht zu caviren, daß er das Judicat, welches ihn zur Restitution alles des dem jus prohibendi zuwider, also auch des vor der o. n. n. Gemachten verurtheilt,

diese kann nur gelten in der Art, wie er sie ausdrücklich vorschreibt, nur für den Fall, für welchen er sie zuläßt.

77. Stölzel (S. 328 ff.) erkennt an, daß die Worte Justinian's allerdings die Bedingung anzugeben schienen, unter welcher der Nunciat die licentia haben solle, zu caviren und daß sie damit eine solche Licenz in allen Fällen, in welchen die Bedingung nicht vorliege, ausschließen würden. Er sucht dieses Argument dadurch zu entkräften, daß er sagt: „wenn man sich so streng an Justinian's Ausdrucksweise halten wolle, dann komme man nicht zu dem Resultat, daß stets nach Verlauf dreier Monate vom Tag der o. n. n. an die Cautionsleistung statthaft sei, sondern dahin, daß sie nur dann statthaft sei, wenn die Proceßentscheidung sich über 3 Monate verzögere." Diese Bemerkung ist unzweifelhaft richtig, aber es ist nicht zu ersehen, warum man nicht auch die Consequenz als richtig anerkennen soll. Justinian bezieht seine Bestimmung über das Recht gegen Caution fortzufahren lediglich auf den Fall der dreimonatlichen Proceßverzögerung, und man muß dem Unternehmer entschieden das Recht absprechen, nach Verlauf von 3 Monaten ohne Proceß fortfahren zu können. Die Voraussetzung der Justinianeischen Be-

erfüllen werde: daher braucht er auch bei dieser Justinianeischen cautio ex o. n. n. nur für das nach der o. n. n. Gemachte zu caviren. — Es ist daher unbegründet, wenn Karlowa S. 84. aus dieser Stelle ein Argument dafür ableiten will, daß auch nach classischem Recht die Verpflichtung aus der cautio ex o. n. n. sich nur auf das nach der o. n. n. Gemachte erstreckt habe. Vgl. oben Ziff. 72.

stimmung, es solle der Proceß in 3 Monaten nach der o. n. n. entschieden werden, ist offenbar die, daß die Sache sofort oder doch bald nach der o. n. n. an das Gericht zur Entscheidung über das materielle Recht kommt: trifft diese Voraussetzung nicht zu, dann ist der Unternehmer durch die o. n. n. ohne zeitliche Beschränkung gebunden. Die innere Berechtigung dieses Satzes — neben dem für denselben sprechenden Buchstaben des Gesetzes — kann man nicht besser begründen als Stölzel selbst (S. 329.) es thut: „nur wenn ein Proceß entsteht, wenn also der Nunciat das gegnerische Recht bestreitet, sei es in Einlassung auf die Klage des Nuncianten, sei es in Erhebung eigener Klage oder im Gesuch um Remission, verdient der Nunciat die Wohlthat der Cautionsleistng; verhält er sich gänzlich unthätig nach der o. n. n., dann giebt er stillschweigend dem Prohibitionsrecht des Nuncianten nach und hat keinen Anspruch auf vorläufige Einräumung des Baurechts, wie er sie durch Cautionsleistung erlangen würde[48a]). Stölzel meint aber (S. 327. 328.), daß dieser für unsere Ansicht sprechende Grund durch folgende Gegengründe überwogen werde: „Das Erlöschen der o. n. n. durch satisdatio sei mit dem inneren Wesen der o. n. n. der Art zusammenhängend, daß eine Abänderung von diesem Fundamentalsatz einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft hätte; beiläufig und stillschweigend, wie es in l. un. C. geschehen sein müßte, habe sich die bis dahin jederzeitige Statthaftigkeit der Cautionsleistung nicht abschaffen lassen. In den 2 Jahre nach Erlaß der l. un. C. publicirten Digesten sei nun die Lehre über die stipulatio ex o. n. n. aufgenommen und ausführlich be-

48a) S. auch unten Ziff. 79. a. E.

handelt, während der Satz, daß die o. n. n. auf Jahresfrist wirke, nirgends erwähnt und in der Lehre von der stipulatio ex o. n. n. gerade nur der eine Umstand weggelassen werde, daß eben wegen jener einjährigen Wirkung der o. n. n. auch die stipulatio auf die Zeit eines Jahres gestellt zu werden pflegte." — Was den ersten Gegengrund — da die satisdatio ex o. n. n. so eng mit der o. n. n. zusammenhänge, habe sie nicht so beiläufig und stillschweigend in l. un. C. aufgehoben werden können — anbetrifft, so läuft dabei sowohl hinsichtlich der Prämisse wie hinsichtlich des Schlusses ein Irrthum unter. Der enge Zusammenhang der Aufhebung der o. n. n. durch satisdatio mit der o. n. n. ist keineswegs an sich im innern Wesen der o. n. n. so begründet, wie Stölzel meint, vielmehr ist dieser Zusammenhang erst vermittelt worden durch die Verpflichtung des wegen Verletzung eines dinglichen Rechts Belangten zur Leistung der cautio judicatum solvi und die Grundsätze über die translatio possessionis bei Nichtleistung dieser Caution: mit Wegfall dieser Grundsätze konnte sich auch das Recht der cautio ex o. n. n. ändern. Sodann ist aber eben die Annahme unbegründet, daß das Recht der Digesten hinsichtlich der cautio ex o. n. n. erst durch l. un. C. beiläufig geändert sei. Was den weiteren Grund — die Aufnahme der Lehre von der stipulatio ex o. n. n. in die Pandecten u. s. w. — anbelangt, so ist dagegen zu bemerken, daß die Digesten bekanntlich nicht blos ein Gesetzbuch, sondern auch ein Lehrbuch sind, und daß deßhalb eine Reihe von Sätzen aufgenommen wurde, die unzweifelhaft nicht mehr practisches Recht enthielten, die aber zum Verständniß des geltenden Rechts und dessen Entwickelung nothwendig

oder dienlich waren. Daß der Satz von der einjährigen Dauer der o. n. n. weggelassen wurde, ist leicht erklärlich: aus Justinian's Bestimmung ersah man immer noch den früheren Rechtszustand, auch machte das Ausmerzen der darauf bezüglichen Stellen keine Schwierigkeiten, während in Bezug auf die von der stipulatio ex o. n. n. überhaupt handelnden Stellen offenbar die Sache ganz anders lag. Bei der Raschheit, mit der die Compilatoren arbeiteten, wäre ein Corrigiren und Umändern in dieser Lehre mit großen Schwierigkeiten verbunden und der alte Rechtszustand und die Entwickelung des Rechts nicht zu erkennen gewesen. Mit Hinblick auf die Schwierigkeiten solcher Aenderungen in kurzer Zeit rechtfertigt gerade der Umstand, daß die l. un. C. nur 2 Jahre vor Publication der Digesten erlassen ist, die unveränderte Aufnahme des alten Rechts. — Wenn daher Stölzel auf die eben geprüften Gegengründe gegen unsere Ansicht gestützt der Meinung ist, es bleibe bei dieser Sachlage nichts übrig als zu unterstellen, das Recht der Cautionsleistung, „soweit es durch l. un. C. nicht direct berührt worden", habe fortbestehen und allein die Wirkung der o. n. n. über den seitherigen annus hinaus ausgedehnt werden sollen, so können wir dem wohl den Worten nicht aber dem Sinn nach zustimmen: das Recht der Cautionsleistung besteht fort, so weit es nicht durch l. un. C. berührt worden, aber es ist das nicht, wie Stölzel will, das Recht der Digesten, nach welchem der Unternehmer jeder Zeit Caution leisten kann, sondern das Recht wie es zu Justinian's Zeit bestand, nach welchem der Unternehmer die Befugniß der Cautionsleistung nicht mehr hatte[49]).

49) Ueber die höchst verschiedenartigen Ansichten nament-

78. Hiermit haben wir die eine der oben (Ziff. 73. a. E.) berührten Controversen erledigt, die Frage nach dem Recht des Nunciaten im Justinianeischen Recht gegen Caution fortfahren zu können. Wir haben die Frage dahin beantwortet, daß ihm dieses Recht nur dann zusteht, wenn der von Justinian als Ausnahme gedachte Fall der Proceßverzögerung über 3 Monate hinaus vorliegt. Der Regel nach soll der Proceß vom Richter erster Instanz in 3 Monaten und zwar von der o. n. n. an entschieden werden und während dieser Zeit muß der Nunciat unbedingt sistiren. Es entsteht nun aber — und damit kommen wir zu der zweiten der obigen Controversen — die Frage: welcher Proceß ist gemeint und wie kommt die Sache so schleunig an das Gericht, daß es dieser Vorschrift der Proceßerledigung binnen 3 Monaten von der *o. n. n.* an nachkommen kann?

Mit Ausnahme von Stölzel wird allgemein angenommen, daß der Proceß, von dem Justinian spricht, der petitorische Proceß über das materielle Recht des Nuncianten und des Unternehmers sei. Stölzel hingegen (S. 324 ff.) meint, unter der causa dirimenda könne nicht der vom Nuncianten eingeleitete petitorische Proceß, sondern nur der vom Unternehmer jeder Zeit anhängig zu machende Remissionsproceß verstanden sein. Denn Justinian setze eine möglicherweise sofort nach der o. n. n. an den Richter gebrachte causa voraus: ein Zwang für Nuncianten, alsbald oder binnen irgend welcher Frist klagend aufzutreten, habe aber weder bisher

lich der älteren Juristen hinsichtlich des Rechts der Cautionsleistung vgl. Stölzel S. 528—533.

noch infolge der l. un. C. bestanden[50]). Der Beginn des Remissionsprocesses hingegen habe lediglich vom Unternehmer abgehangen: dieser könne sofort die Feststellung der causa nunciationis verlangen, habe es also in der Hand, die Wirkung der o. n. n. auf 3 Monate vom Moment der o. n. n. an zu beschränken; warte er mit seinem Remissionsantrag länger, so könne er sich dann nicht beklagen, daß eine widerrechtliche o. n. n. ihn über 3 Monate hemme. — Inwiefern dieser Ansicht Stölzel's ein richtiger Gedanke zu Grund liegt, werden wir im Folgenden sehen. Jedenfalls ist aber das falsch, daß er die causa dirimenda auf den Remissionsproceß in seinem Sinn bezieht. Stölzel sieht im Remissionsproceß die Verhandlung und Entscheidung über die causa nunciationis, also bei der o. n. n. juris nostri conservandi causa über das jus prohibendi des Nuncianten[51]), will aber in diesem Remissionsproceß die exceptio über das jus aedificandi ausgeschlossen wissen. Abgesehen von der früher nachgewiesenen Irrigkeit der Grundansicht, die auf einem vollständigen Verkennen des Wesens des Remissionsprocesses beruht, bedient sich Justinian, wie Baron[52]) mit Recht bemerkt,

50) Auf den weiteren Gegengrund — daß Justinian für den petitorischen Proceß kurz zuvor eine dreijährige Frist als die reguläre angeordnet habe S. 325. — scheint Stölzel selbst kein großes Gewicht zu legen, da er unmittelbar darauf sagt, diese Bestimmung der l. un. C. solle wohl auch für den vom Nuncianten oder Unternehmer anhängig gemachten petitorischen Proceß gelten.

51) Das ist doch aber auch ein petitorischer Proceß!

52) A. a. O. S. 534 ff. Die Opposition Baron's gegen Stölzel ist um so mehr zu beachten, als derselbe im

constant solcher Ausdrücke, daß der Proceß, von dem er handelt, unmöglich blos das jus prohibendi des Nuncianten, sondern auch das jus aedificandi des Nunciaten zum Gegenstand haben muß.

Unter denjenigen, welche in der causa dirimenda mit Recht den petitorischen Proceß über das materielle Recht des Nuncianten und des Unternehmers sehen, besteht nun wieder mit einer Ausnahme Uebereinstimmung darin, daß der Nunciant es sei, der als Kläger in diesem Proceß auftrete. Nur Schmidt (Jahrb. S. 224 ff.) meint, die l. un. C. beziehe sich auf den Fall der Klaganstellung Seitens des Unternehmers. Nach ihm ist der Zusammenhang der: der Nunciat habe von je einen doppelten Weg gehabt, entweder er cavire und baue oder er trete sofort als Kläger aus seinem Recht auf. Der erste Weg sei insofern für ihn vortheilhafter als er den Bau fortsetzen könne und der Beklagtenrolle im künftigen Proceß sicher sei, aber doch auch nachtheilig insofern, als die Stellung von Bürgen schon an sich eine unbequeme und für den Vermögenslosen schwierige Sache sei, und als ihm, wenn er von dem durch Cautionsleistung erworbenen Recht des Fortbauens Gebrauch mache, die Gefahr drohe, im Fall des Unterliegens entweder den Bau wegreißen oder das durch das Judicat festgestellte Interesse zahlen zu müssen; wenn er daher nicht die volle Ueberzeugung von seinem Recht

Uebrigen darin, daß es bei der Untersuchung der Frage nach dem materiellen Begründetsein der o. n. n. lediglich auf den Beweis des jus prohib. ankomme, das jus aedif. des Nunciaten hingegen außer Rücksicht bleibe, der Ansicht Stölzel's beitritt. (S. 524.)

habe und nicht cautionsfähig sei, so werde er den zweiten Weg vorziehen, also sein Recht klagend verfolgen, bevor er baue. Auf diesen zweiten Weg beziehe sich l. un. C. und auf diesen Fall passe Justinian's Bestimmung ganz und vollkommen: wenn der Unternehmer unter dem Druck des Banns der o. n. n. Klage erhebe, so sei es billig, daß er von jenem Druck sobald als irgend thunlich befreit werde, und daher solle das Gericht binnen 3 Monaten den Proceß erledigen; wenn aber die Erledigung in so kurzer Frist unausführbar erscheine, so solle der klagende Nunciat, wenn ihm die Zeit zu lang werde, doch noch den Vortheil des Baus während des Processes durch Cautionsleistung an das Gericht erlangen können.

Davon, daß Justinian's Vorschrift sich nur auf den Fall der Klagerhebung durch den Unternehmer beziehe, ist jedoch in dem ganzen Gesetz keine Andeutung enthalten. Was den auf den ersten Blick bestechenden Grund anbelangt, den Schmidt für seine Ansicht anführt — es sei geklagt worden vor der Caution, der Nunciant aber, der sich ja im Besitz dessen, was er wünscht, so lange befinde, als der Bann währt, habe keine Veranlassung, die Klage aus freien Stücken zu erheben, und einen Zwang dazu habe auch dieses Gesetz nirgends ausgesprochen —, so wird sich zeigen, daß in einem gewissen Sinn doch ein Zwang für den Nuncianten zur Klaganstellung bestand. Wenn aber Schmidt meint, gerade für den klagenden Unternehmer sei es billig, daß er baldigst von dem Druck der o. n. n. befreit werde, so übersieht er, daß Justinian keineswegs blos im Interesse des Unternehmers diese Bestimmung getroffen hat, sondern auch in dem des Nuncianten, ja daß das Ge-

setz sogar von der im Nichtwiederholendürfen der o. n. n. liegenden Härte für den Nuncianten ausgeht. Und sind die von Schmidt hervorgehobenen Nachtheile beim Einschlagen des ersten der beiden von ihm angenommenen Wege, nämlich die Schwierigkeit der Cautionsleistung und die Gefahr im Fall des Unterliegens das Gebaute wegreißen oder das Interesse zahlen zu müssen, infolge der Einschlagung des zweiten Wegs und nach 3 Monaten geringer geworden[53])?

Es liegt demnach kein Grund vor, die l. un. C. von dem Fall der Klagerhebung Seitens des Unternehmers zu verstehen, vielmehr bezieht sich dieselbe an sich auf beide Fälle: sowohl wenn der Nunciant wie wenn der Unternehmer klagt, soll der Proceß regelmäßig in 3 Monaten entschieden werden, aber der Unternehmer, als Kläger wie als Beklagter, das Recht haben, gegen Cautionsleistung fortzufahren.

Das meiste Interesse an der schleunigen Entscheidung der Frage über die Rechtmäßigkeit der o. n. n.

53) Schmidt citirt (S. 225. N. 21.) den Auszug, den Harmenopulus Manuale leg. lib. II. tit. IV. §. 7. von unserer Constitution bringt: *Ὁ κτίζων εἰ ἐγκαλεῖται καινοτομεῖν, εἴσω τριῶν μηνῶν ὀφείλει λέγειν τὴν δίκην, μετὰ δὲ ταῦτα ἀσφαλίζεσθαι, ὅτι, ἐὰν ὀφθῇ κακῶς οἰκοδομήσας, καταστρέφει αὐτὰ, ἃ κτίζει, ἰδίοις ἀναλώμασιν.* Er sagt zwar nicht ausdrücklich, was damit bewiesen sein soll, es ist aber anzunehmen, daß er darin einen Beleg für seine Ansicht, wonach der Unternehmer als Kläger vorausgesetzt ist, findet. Da jedoch *λέγειν τὴν δίκην* keineswegs Anstellung der Klage, sondern allgemein Proceß führen (causam dicere, judicio contendere) bedeutet, so kann daraus ein Argument für jene Ansicht nicht entnommen werden.

hat nun unzweifelhaft der Unternehmer, da er zunächst durch die o. n. n. gebunden ist. Dieses Interesse kann ihn dazu treiben, daß er gleich die Klage wegen seines jus aedificandi anstellt. Aber das ist gewiß nicht das Gewöhnliche. Zunächst weiß ja der Unternehmer gar nicht immer, aus welchem Grund nunciirt ist, und selbst wenn er davon Kenntniß hat, daß der Nunciant ein jus prohibendi in Anspruch nimmt, wird er nicht gern die ihm gebührende günstige Beklagtenrolle aufgeben. Andererseits hat der Nunciant, seitdem die Beschränkung der Wirksamkeit der o. n. n. auf ein Jahr aufgehoben ist und das Recht gegen Cautionsleistung fortzufahren dem Unternehmer nur nach dreimonatlicher Proceßführung zusteht, nicht die geringste Veranlassung, freiwillig mit der Klage aus seinem jus prohibendi aufzutreten. Wie also kommt die Sache an das Gericht? Justinian sieht offenbar in seiner Bestimmung, daß der Proceß in 3 Monaten von der o. n. n. an entschieden sein solle, keine Schwierigkeit, auch will er darüber, wie die Sache an das Gericht kommt, nichts Neues bestimmen, es muß also dem bisherigen Rechtszustand entsprechen, daß das Gericht sofort oder doch bald nach der o. n. n. in die Lage gesetzt wird, über die Rechtmäßigkeit des Einspruchs zu erkennen. Daß der gewöhnliche Fall der der Erhebung der Klage durch den Unternehmer gewesen wäre, ist, wie bemerkt, nicht anzunehmen; aus der oben citirten Constitution von Zeno ersehen wir, daß regelmäßig der Nunciant klagte [54]).

79. Was aber bewog den Nuncianten, den doch der Bann der o. n. n. hinlänglich schützt, zur Klaganstellung?

54) Vgl. dazu Baron a. a. O. S. 535.

Hierüber sind die verschiedensten Ansichten aufgestellt worden. Die wenigstens für die frühere Zeit als communis opinio zu bezeichnende Meinung ging dahin, daß dem Nuncianten für das ihm eingeräumte Recht, den Bau 3 Monate lang unbedingt zu hindern, die Pflicht der sofortigen Klagerhebung obliege. Von einer Zwangspflicht zur Klaganstellung in diesem Sinn enthält jedoch weder l. un. C. eine Spur, noch ist eine solche überhaupt in dieser Weise dem römischen Recht bekannt. Daher haben Andere nach anderen Erklärungen gesucht. So sagt Rudorff (S. 151.): „im Geiste des nachclassischen Proceßrechts, welches die Ordnung streitiger Rechtsverhältnisse nicht von der Uebereinkunft der Parteien erwartet, sondern als Staatssache auffaßt, befiehlt Justinian den Gerichten, die Bausachen als schleunige Sachen binnen der in der Verwaltungsjustiz auch sonst üblichen Frist von 3 Monaten zu erledigen." Danach scheint es, als ob nach Rudorff die Gerichte ex officio einzuschreiten und über die Sache zu urtheilen hätten. Abgesehen davon, daß dies aus Justinian's Bestimmung nicht herauszulesen ist, dürfte es doch ein eigenthümliches Ansinnen an die Gerichte sein, sich um alle Bauten und die etwa dagegen erhobenen Nunciationen zu kümmern und ex officio zu untersuchen, wer Recht habe. — Nach Karlowa (S. 81.) waren wahrscheinlich die Privatnunciationen an Ort und Stelle allmählich außer Gebrauch gekommen und statt dessen üblich geworden, den Einspruch durch Vermittlung der Obrigkeit an den Gegner gelangen zu lassen (denunciationem mittere) und dabei zugleich die Klage aus dem jus prohibendi anzustellen. Für eine solche totale Veränderung, die in Wahrheit eine Auf-

hebung des ganzen Instituts sein würde, fehlt es jedoch an jedem Anhalt. Daß aus den Worten denunciationem mittere, auf die Karlowa sich bezieht, eine solche Umgestaltung nicht abgeleitet werden kann, bedarf kaum eines Beweises: denunciationem mittere ist nichts anderes als denunciare, nunciare, nunciationem facere. Ueberdies legt Justinian das denunciationem mittere den alten Juristen in den Mund (antiquis — dicentibus, si quis denunciationem miserit —). Auch Hesse, der zuerst (Rechtsverh. II. S. 99.) der Wahrheit ziemlich nahe gekommen ist[55]), läßt sich in seiner späteren Abhandlung (Einspruchsrecht S. 158.) durch den Ausdruck denunciationem mittere zu einer ganz unhaltbaren Ansicht verleiten. „Eine sichere Nachricht darüber wie das Petitorium hereingezogen wurde, giebt es nicht. Entweder wurde mit dem Einspruch von Seiten des Nuncianten sofort die denunciatio litis verbunden, was der Ausdruck denunciationem mittere vermuthen läßt, oder auf Antrag des Unternehmers erfolgte die Verhandlung der Hauptsache sofort, indem er eventuell neben dem Leugnen des jus prohibendi sofort seine exceptio de jure vorschützte und damit gehört wurde." Was soll die Constantinische zu Protocoll einer Behörde gegebene litis denunciatio — ganz abgesehen davon, daß vom Tag derselben eine Frist von mehreren, wohl vier, Monaten läuft, während Justinian den ganzen Proceß in 3 Monaten entschieden wissen will — im Justinianeischen Recht! An dem andern Glied der Alternative ist das richtig, daß die Verhandlung der Hauptsache sofort auf Antrag des Unternehmers erfolgte, nur geschah

55) S. unten bei Anm. 60.

das nicht infolge des Vorschützens der exceptio, sondern in ganz anderer Weise[56]).

Sind sonach alle diese Beantwortungen der Frage, wie die Sache so schleunig an das Gericht kommt, daß dasselbe den Proceß in 3 Monaten entscheiden kann, verfehlt, steht es fest, daß kein directer Zwang zur Klaganstellung bestand, daß für den Nuncianten eine Veranlassung freiwillig Klage zu erheben nicht vorlag, der durch die o. n. n. gebundene Unternehmer hingegen das lebhafteste Interesse an der schleunigen Entscheidung der Frage über die materielle Berechtigung des Nuncianten zur o. n. n. hatte, so müssen wir fragen: ist denn der Unternehmer wirklich auf das Mittel, seinerseits klagend aufzutreten und sein Recht zu beweisen, beschränkt, um den Bann der o. n. n. zu lösen? Die Bejahung dieser Frage würde nichts anderes heißen, als daß der Unternehmer der o. n. n. gegenüber ganz schutzlos wäre und durch jede noch so chicanöse Nunciation nicht wie im früheren Recht zum Sistiren oder Caviren, sondern zum Sistiren oder zur Klagerhebung genöthigt würde, wobei er trotz der Klagerhebung doch immer erst nach 3 Monaten das Recht gegen Caution fortfahren zu dürfen erlangte. Das wäre eine Aenderung, die unmöglich mit Stillschweigen hätte übergangen werden können.

56) Bei Hesse's Ansicht würde es vom freien Willen des Nuncianten abhängen, ob er auf den Remissionsantrag hin klagen wollte oder nicht: wollte er es nicht, so müßte der Unternehmer seine exceptio de jure vorschützen und beweisen. Das heißt aber doch nichts anderes als daß, wenn der Nunciant nicht klagen will, der Unternehmer klagen muß! Bei diesem Resultat ist die gegen Schmidt gerichtete Bemerkung S. 158. A. 2. nicht recht verständlich.

Der Nunciat muß außer der Möglichkeit, sein jus aedificandi klagend geltend zu machen, ein Mittel haben, die Frage, ob mit Recht nunciirt ist oder nicht, in der Weise zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, daß der Nunciant als Kläger den Nachweis seiner materiellen Berechtigung zur o. n. n. zu führen hat.

Welches ist nun dieses Mittel, das den Nuncianten zur Klage nöthigt und von dem der Unternehmer sofort nach der o. n. n. Gebrauch machen kann? Kein anderes als der Antrag auf Remission.

Werfen wir einen Blick zurück auf das Remissionsverfahren der classischen Zeit. Der Nunciat stellte beim Prätor den Antrag auf Remission d. h. er beschwerte sich über die seiner Meinung nach unrechtmäßige Nunciation und forderte damit den in jure miterschienenen Nuncianten zur Angabe seiner causa nunciationis, zur Begründung seines Einspruchs auf. Erschien der Nunciant trotz der in jus vocatio nicht mit in jure oder weigerte er die Angabe eines Grundes oder gab er einen rechtlich nicht genügenden Grund an, so erfolgte der Ausspruch des Prätors: missam facio nunciationem, das unbedingte Remissionsdecret, welches den Bann aufhebt. Nur dann, wenn der Nunciant seinen Anspruch auf Aufrechterhaltung der o. n. n. gehörig substantiirt hatte, mußte der Unternehmer, wollte er nicht die Nunciation unbedingt für tenent erklärt sehen, Caution leisten, worauf das bedingte Remissionsdecret ertheilt wurde, aus dem dann der Nunciant mit der Behauptung adversus edictum factum esse klagen konnte. Dieser zweite Theil des Remissionsverfahrens ist nun infolge der nach Diocletian eingetretenen Aenderungen in dieser Weise unpractisch geworden. Ein Grund hingegen für die Aen-

derung jenes ersten Theils lag nicht vor. Mit der infolge der Aufhebung der Trennung des Verfahrens nothwendig eingetretenen Unstatthaftigkeit des bedingten Remissionsdecrets war nicht auch das unbedingte Remissionsdecret unzulässig geworden und ebensowenig hinderte die jetzt vor einem Richter zu führende Verhandlung den Antrag des Nunciaten auf Remission. Was früher vor dem Prätor, wird jetzt vor dem kaiserlichen judex verhandelt. Auf den Remissionsantrag hin, der seinem Wesen nach nichts anderes ist als eine Beschwerde über die unrechtmäßige o. n. n., fragt der Richter den Nuncianten nach der causa nunciationis: stützt sich derselbe auf ein zur o. n. n. berechtigendes jus prohibendi, also z. B. auf Eigenthum oder auf eine servitus altius non tollendi, und widerspricht dem der Nunciat, sei es durch einfaches Leugnen sei es durch Vorschützen einer auf ein jus aedificandi gestützten Einrede, so ist damit der Proceß eingeleitet, es ist das mit Umgehung des libellus conventionis jetzt gleich der Termin, der sonst nach dem libellus conventionis angesetzt wird, und der Richter ist damit in den Stand gesetzt, Justinian's Vorschrift, es solle der Proceß in 3 Monaten entschieden werden, zu erfüllen, wenn nicht eben besondere Hindernisse entgegenstehen. Während des Processes, der nun in gewöhnlicher Weise seinen Fortgang nimmt, darf der Nunciat und nunmehrige Beklagte nicht fortbauen, es müßte denn sein, daß entweder das vom Nuncianten geltend gemachte Recht überhaupt nicht zur o. n. n. berechtigt (z. B. eine servitus viae) oder daß sich vor Entscheidung der Frage über die materielle Berechtigung des Nuncianten die Hinfälligkeit der o. n. n. in formeller Beziehung (z. B. weil sie nicht in re praesenti

vorgenommen ist) herausstellte[57]), welchenfalls die Verpflichtung zum Sistiren durch einen Zwischenbescheid (nunciationem missam facio oder nunciatio non tenet) aufgehoben würde, während der Proceß über das materielle Recht seinen ungestörten Fortgang nimmt.

Dabei ist angenommen worden, daß beim Remissionsantrag des Unternehmers der Nunciant mit zur Stelle und zur Einleitung des Processes bereit ist. Wie bringt aber der Unternehmer den Nuncianten mit vor Gericht und wie nöthigt er ihn, in dieser Weise durch Angabe und Geltendmachung seines der o. n. n. zu Grund liegenden materiellen Rechts den Proceß als Kläger einzuleiten? Die Grundsätze sind hier dieselben, wie die des älteren Rechts, nur daß an die Stelle der in jus vocatio die Ladung durch das Gericht getreten ist.

Möglich ist zunächst, daß der Nunciant, vom Unternehmer aufgefordert, freiwillig mit zum Richter geht. Sollte er dieser Aufforderung nachzukommen sich weigern oder unterläßt der Unternehmer eine solche Aufforderung an den Nuncianten zu richten, so erläßt auf seinen Remissionsantrag hin das Gericht eine Ladung an den Nuncianten, wie sie an einen Beklagten erlassen wird. Ist nun der Nunciant dieser gerichtlichen Ladung gegenüber ungehorsam, wie dann? Die Grundsätze, die bei contumacia des Beklagten gelten, können hier nicht zur Anwendung kommen, da ja doch materiell der Nunciant

57) In diesen Fällen brauchte natürlich der Nunciat die o. n. n. gar nicht zu beachten. Stellt er der Sicherheit wegen doch den Remissionsantrag und macht er dabei die formelle Ungiltigkeit der o. n. n. geltend, so wird über diesen Incidentpunct besonders entschieden.

die Klägerrolle hat, ebensowenig passen aber die Grundsätze, die bei contumacia des Klägers gelten, da der Nunciant doch noch nicht wirklich geklagt hat. Vielmehr gilt hier dasselbe, was für den Fall der contumacia des Nuncianten gegenüber der in jus vocatio des Remission suchenden Unternehmers galt[58]): wie hier auf den Remissionsantrag zwar nicht das bedingte Remissionsdecret erlassen werden konnte, dafür aber zur Strafe für die contumacia des Nuncianten das unbedingte Remissionsdecret mit dem Ausspruch ‚nunciationem missam facio' ertheilt wurde, so verhandelt hier der kaiserliche judex nicht, wie Hesse meint, über die eventuell vorgeschützte exceptio de jure des Unternehmers, sondern hebt einfach die o. n. n. auf. Es zeigt sich in diesem Fall die Chicane des Nuncianten und er kann sich nicht darüber beklagen, wenn seine Nunciation, die zu rechtfertigen er nicht einmal den Versuch macht, ohne Weiteres aufgehoben wird. Dasselbe gilt, wenn der Nunciant auf die Aufforderung des Unternehmers oder auf die gerichtliche Ladung hin zwar vor Gericht erscheint, aber die Angabe des Grundes seiner o. n. n. und die Einleitung des Processes über das materielle Recht und die Uebernahme der Klägerrolle in demselben verweigert: die o. n. n. wird aufgehoben und der Nunciant ist nun doch auf die petitorische Klage angewiesen, ohne den Vortheil zu haben, daß während dieses Processes der Unternehmer wenigstens 3 Monate lang sistiren muß[59]).

58) S. oben Ziff. 52. bei Anm. 90.

59) Es ist also, wie bereits bemerkt, jetzt dasjenige Verfahren die Regel, welches schon früher beim Remissionsantrag auf eine o. n. n. damni depell. causa hin stattfand: war der Nunciant hier dem Remissionsantrag

In dieser Folge der contumacia des Nuncianten, des Nichtklagens auf den Remissionsantrag hin, liegt Zwang genug, um den Nuncianten zur Klaganstellung zu bewegen, und somit ist für die Gerichte die Möglichkeit gegeben, in 3 Monaten von der o. n. n. an den Proceß über das materielle Recht zu Ende zu führen. Ein directer Zwang zur Klaganstellung, etwa bei Verlust des Klagrechts, besteht allerdings nicht, aber der Unternehmer hat doch insofern ein Zwangsmittel in den Händen, als er durch seinen Remissionsantrag dem Nuncianten die Alternative stellen kann, entweder zu klagen oder auf die Wirkung der o. n. n. zu verzichten[60]). Der Remissionsantrag ist die von Schmidt (IV. S. 224.) vermißte Form, in welcher der Zwang zur Klaganstellung ausgeübt wurde: aber weder der Zwang selbst noch die Form ist neu durch Justinian geschaffen, beides bestand von Anfang an im alten Verfahren und ist von

gegenüber contumax, so hob der Prätor ohne Weiteres den Bann auf und der Nunciant mußte nun seinen Anspruch auf Leistung der cautio damni infecti durchführen, ohne durch die o. n. n. geschützt zu sein; kam er hingegen der in dem Remissionsantrag liegenden Provocation durch Angabe und Geltendmachung seines Nunciationsgrundes, also hier seines Anspruchs auf Leistung der c. damni inf. nach, so führte der Prätor die Verhandlung, während welcher der Unternehmer gebunden war, und entschied definitiv darüber, ob der materielle Anspruch begründet war oder nicht, und damit zugleich über die o. n. n.

60) In Fällen, wo der Nunciant den Remissionsantrag voraussieht, wird er denselben gar nicht abwarten, sondern sofort nach der o. n. n. die Klage aus seinem jus prohibendi erheben.

den Aenderungen der spätern Zeit gänzlich unberührt geblieben. Das ist es, was an der Ansicht Stölzel's richtig ist, wenn er sagt, der Unternehmer könne sofort die Feststellung der causa nunciandi verlangen, habe es also in der Hand, die Wirkung der o. n. n. auf 3 Monate vom Moment der o. n. n. an zu beschränken. Näher noch kommt Hesse der Wahrheit, wenn er (Rechtsverh. S. 99.) ausführt: der Unternehmer habe entweder selbst sein Baurecht klagend verfolgen oder beim Richter die Lösung des Baubanns (remissio) nachsuchen können, sei es aus formellen Gründen, sei es deßhalb, weil er das jus prohib. des Gegners verneine; bei der Remission sei aber sofort die Frage über das materielle Bau- und Einspruchsrecht herangezogen worden und der Nunciant habe die Rolle des Klägers zu übernehmen gehabt. Ebenso richtig ist die Bemerkung (Einspruchsrecht S. 158.), daß das Auftreten des Unternehmers ein aus der Remission überkommener mit der extraordinaria cognitio vereinbarer Act gewesen sei. Die volle Erkenntniß der Wahrheit, daß nämlich und in welcher Weise der Unternehmer durch seinen Remissionsantrag einen Zwang gegen den Nuncianten zur Anstellung der Klage ausübte, ist ihm jedoch verschlossen geblieben.

Wenn nun weder der Nunciant noch der Unternehmer freiwillig Klage erhebt und der letztere auch nicht einen Remissionsantrag stellt, so lastet, seitdem Justinian die einjährige Dauer der o. n. n. aufgehoben hat, die o. n. n. zeitlich unbeschränkt auf dem opus, ohne daß der Unternehmer durch Caution den Bann lösen kann. Auch nach Ablauf von 3 Monaten steht ihm diese Befugniß nicht zu, da, wie wir gesehen haben, das von

Justinian dem Unternehmer eingeräumte Recht der Fortsetzung des Baues gegen Cautionsleistung auf den Fall einer dreimonatlichen Proceßverzögerung beschränkt ist. In der That darf der Unternehmer, der es in der Hand hat, durch einfachen Remissionsantrag entweder den Bann erlöschen zu machen oder die Sache in kurzer Zeit zur Entscheidung zu bringen, ohne daß er die Klägerrolle zu übernehmen braucht, und der sich bei ausnahmsweise längerer Dauer des Processes das Recht der Fortsetzung durch Cautionsleistung verschaffen kann, sich nicht darüber beschweren, daß, wenn er von diesem Mittel nicht Gebrauch macht, er von dem Bann der o. n. n. nicht befreit wird: die Annahme, daß er stillschweigend das Prohibitionsrecht des Nuncianten anerkenne und dem Einspruch sich füge, ist dann nur zu begründet.

Zwischen dem sofortigen Antrag des Unternehmers auf Remission und seiner gänzlichen Unthätigkeit liegt aber noch eine andere Möglichkeit. Wie ist es, wenn infolge irgend welcher Umstände der Nunciat nicht sofort nach der o. n. n., sondern erst längere Zeit danach, vielleicht nach 2 oder nach 3 Monaten, den Antrag auf Remission stellt? Kann er hier, wenn er nach 3 Monaten die Remission beantragt und darauf hin der Nunciant klagt, sofort, oder wenn er nach 2 Monaten den Antrag stellt, nach einem Monat durch Cautionsleistung das Recht der Fortsetzung erwerben? Die Frage muß entschieden verneint werden. Nach Justinian ist unzweifelhaft die Voraussetzung für das Recht der Cautionsleistung eine dreimonatliche Proceßführung: so lange muß der Nunciat unbedingt sistiren, d. h. da die Entscheidung in 3 Monaten als Regel vorgeschrieben wird, regelmäßig während des ganzen Processes, und nur ausnahmsweise,

wenn die Entscheidung in dieser Zeit nicht möglich ist, soll das Recht der Cautionsleistung zustehen. Daher kann weder die gänzliche Unthätigkeit des Nunciaten während eines Zeitraums von 3 Monaten die Folge haben, daß derselbe nun auch ohne Proceß das Recht der Cautionsleistung hat, noch vermag der Beginn des Processes nach 2 Monaten oder nach 3 Monaten zu bewirken, daß er nun in diesem Proceß nach 1 Monat bezüglich sofort gegen Caution fortfahren kann: es fehlt eben die Voraussetzung der dreimonatlichen Proceßführung. Allerdings will Justinian die 3 Monate vom Moment der o. n. n. an berechnet wissen, aber doch nur für den von ihm vorausgesetzten Fall, daß nämlich sofort oder doch wenigstens bald nach der o. n. n. die Sache zur gerichtlichen Verhandlung kommt. Ihm erscheint — und das wird auch der regelmäßige Fall sein — der Zeitpunct der o. n. n. und des Proceßbeginns als ziemlich zusammenfallend, weil er annimmt, daß, wenn nicht der Nunciant sofort freiwillig klagt, der Unternehmer sofort durch seinen Remissionsantrag die Sache vor Gericht bringen wird. Von dieser Annahme ausgehend konnte er sagen: sancimus, si quis denunciationem emiserit, praefectum urbi — festinare intra trium mensium spatium causam dirimere. Wenn wir uns aber correct in einer Justinian's wahrer Absicht entsprechenden Weise ausdrücken wollen, so müssen wir den Beginn der dreimonatlichen Frist, in welcher der Proceß entschieden sein soll, nicht vom Zeitpunct der o. n. n., sondern vom Zeitpunct des Proceßanfangs datiren: es würde sonst unter Umständen dem Richter zugemuthet werden, den Proceß eher zu entscheiden, als er vor ihn gebracht wird.

80. Betrachten wir nun das Resultat der bisherigen Ausführungen, so hat die Lehre von der o. n. n. im Justinianeischen Recht folgende Gestalt.

Dem in formell richtiger Weise erhobenen Einspruch gegen ein opus novum in solo factum im Sinn des Edicts muß zunächst Folge geleistet werden.

Wird dem Verbot zuwider mit dem opus fortgefahren, ohne daß der formell giltige Bann aufgehoben ist — welche Aufhebung aber nur dann eintritt, wenn nach dreimonatlicher Proceßführung die Frage nach dem materiellen Recht noch nicht entschieden ist und der Unternehmer dem Gericht Caution leistet —, so ist das interdictum demolitorium begründet, ganz mit denselben Grundsätzen, wie es früher bestanden hat, natürlich mit der Aenderung, daß aus dem Interdict eine gewöhnliche Klage geworden und an die Stelle der condemnatio pecuniaria die Verurtheilung auf die Sache selbst getreten ist. Die Klage geht also auf Restitution des nach der o. n. n. Gemachten, ohne daß die Frage der materiellen Berechtigung zur Sprache gebracht werden darf. Der Kläger muß dabei nur auf ein solches Rechtsverhältniß sich stützen, welches die Befugniß zur o. n. n. gewährt, nicht aber dasselbe beweisen; zum Schutz gegen Chicane dient das vom Kläger zu leistende juramentum calumniae. Der Beklagte und der Umfang seiner Restitutionspflicht bestimmt sich in der früher erörterten Weise.

Die Grundsätze über die Aufhebung der o. n. n. haben sich wesentlich geändert.

Die o. n. n. erlischt nicht mehr, wie früher, durch Ablauf eines Jahres, sondern dauert an sich zeitlich unbeschränkt fort. Remission und Caution in der alten Weise giebt es nicht mehr.

Das bedingte Remissionsdecret, bei dem wichtigsten Fall der o. n. n., der juris nostri conservandi causa vorgenommenen, in der Umwandlung des unbedingt wirkenden Privatverbots in ein bedingtes vom jus prohibendi abhängiges prätorisches Interdict bestehend, kommt nicht mehr vor. Der Remissionsantrag des Nunciaten hat jetzt nur die Wirkung, daß infolge formeller Mängel der o. n. n. oder infolge des Ungehorsams des Nunciaten gegenüber der im Remissionsantrag liegenden Aufforderung zur klagweisen Geltendmachung des Nunciationsgrundes eine unbedingte Aufhebung der formellen Wirkung der o. n. n. ausgesprochen wird, oder daß, wenn der Nunciant auf den Remissionsantrag hin sein jus prohibendi klagend verfolgt, die Frage der materiellen Berechtigung von demselben Richter, bei dem der Remissionsantrag gestellt ist, definitiv entschieden wird: während dieses Processes muß der Nunciat sistiren, ausgenommen, wenn die Entscheidung sich über 3 Monate verzögert, welchenfalls das Recht der Fortsetzung, aber auch nur gegen Cautionsleistung, zusteht.

Die außergerichtliche cautio ex o. n. n. mit ihren Grundsätzen ist ganz verschwunden. Der Nunciat hat nur in dem eben angegebenen Fall der dreimonatlichen Proceßverzögerung die Befugniß, durch Caution den Bann der o. n. n. zu lösen, und diese Caution ist in Form und Inhalt von der alten außergerichtlichen cautio ex o. n. n. verschieden. Sie wird durch Bestellung eines Bürgen nicht an den Nuncianten, sondern an das Gericht geleistet: daher hat denn auch der Satz, daß die gehörig offerirte Caution der wirklichen Cautionsleistung gleichstehe, seine Bedeutung verloren, da es auf den Willen des Nuncianten, ob er die Caution annehmen

will oder nicht, gar nicht mehr ankommt, es müßte denn geradezu ein bindender Verzicht auf die Cautionsleistung vorliegen. Auch enthält die Caution nicht mehr, wie früher, die Verpflichtung, alles das, was das jus prohibendi des Nuncianten verletzt, also auch das vor der o. n. n. Gemachte, zu restituiren, sondern der Bürge verpflichtet sich nur zur Restitution des nach der o. n. n. Gemachten, und das ist in dem Fall, wo nicht das interdictum demolitorium begründet ist[61]), identisch mit dem nach der Cautionsleistung Gemachten. Was die Wirkungen der Cautionsleistung anbelangt, so ist die allgemeine Wirkung — Aufhebung des Banns, also Recht der Fortsetzung ohne Gefahr des interdictum demolitorium — geblieben, ebenso die zu Gunsten des Nunciaten eintretende Wirkung, daß er gegen weitere Störungen des Nuncianten durch das interdictum ne vis fiat aedificanti geschützt ist; hingegen die specielle Wirkung für den Nuncianten, daß derselbe statt mit der actio negatoria oder confessoria aufzutreten mit der actio ex stipulatu gegen den Caventen klagt und in diesem Proceß das die Voraussetzung der Cautionsverpflichtung bildende dingliche Recht beweist, besteht nicht mehr: der bereits anhängige und 3 Monate dauernde Proceß läuft natürlich fort.

81. II. Die Ansicht, die man über die Gestalt der Lehre von der o. n. n. im Justinianeischen Recht hat, ist präjudiciell für die Beantwortung der Frage, ob im canonischen Recht die Justinianeische Lehre eine Aenderung erfahren hat oder nicht.

61) Denn wenn vor der Cautionsleistung gebaut ist, so ist eben das interd. demolitorium begründet.

In Gregor's Decretalen findet sich ein Titel de novi operis nunciatione (5. 32.), dessen beide erste Capitel von dem Satz sprechen, daß, möge mit Recht oder Unrecht gebaut sein, das nach der o. n. n. Gemachte destruirt werden müsse, und daß dem, welcher vor Remission der o. n. n. fortbaue, die Klage wegen seines jus aedificandi zu denegiren sei, dessen beide letzte Capitel sich aber mit der oben erörterten Streitfrage beschäftigen, ob nach angebotener Caution alsbald mit dem opus fortgefahren werden dürfe oder ob drei Monate lang unbedingt sistirt werden müsse.

In cap. 3. ist der Rechtsfall angeführt, der zu dem in cap. 4. enthaltenen Decret Gregor's Verananlassung gegeben hat. Die Canoniker der heiligen Oportuna haben einem Bürger in Paris, der auf einem angeblich ihnen gehörigen Platz baut, nunciirt und erheben nun Klage, bei welcher sie sich zum sofortigen Beweis ihres Rechts und der Benachtheiligung desselben erbieten und fordern, daß der Bau trotz der vom Beklagten offerirten cautio de demoliendo opere unterbleibe. Die erste Instanz entscheidet durch ein Interlocut, daß der Beweis der Kläger zuzulassen und der Bau inzwischen zu sistiren sei. In der zweiten Instanz erzielt der Beklagte eine reformatorische Sentenz dahin, daß er gegen Cautionsleistung sein opus fortsetzen könne. In Bezug auf diese Streitfrage decretirt nun Gregor in cap. 4.:

> Is cui opus novum te nunciasse proponis *non obstante cautione,* quae offertur ab ipso de opere destruendo, si non jure aedificatum existat, tenetur te per trium mensium spatium exspectare, juris tui praejudicium probare volentem.

Wenn nun auch an sich die Worte ‚non obstante cautione' ebenso gut heißen könnten: „sofern nicht etwa die Cautionsleistung entgegensteht" — wonach der Nunciat zum Sistiren nur dann verpflichtet wäre, wenn er keine Caution leistet —, so kann doch nach dem im cap. 3. referirten Fall der Sinn kein anderer sein als der, daß die Cautionsleistung dem Nunciaten nichts nütze und derselbe trotz der Cautionsofferte doch 3 Monate sistiren müsse[62]). Gregor faßt also die l. un. C. h. t. in derselben Weise auf, wie sie von uns verstanden wird.

Stölzel (S. 336.), der dem cap. 4. cit. zwar denselben Sinn beilegt, aber die l. un. C. h. t. anders versteht, erblickt in dieser Bestimmung eine Aenderung des Justinianeischen Rechts, wenn auch eine durch Mißverständniß des letzteren hervorgerufene. Er ist der Ansicht, da durch diese Bestimmung die Stellung des Nunciaten im Verhältniß zum frühern Recht benachtheiligt sei, das Gesetz nicht über den stricten Wortlaut hinaus angewendet werden dürfe d. h. daß es auf den Fall einzuschränken sei, wenn der Nunciant sich *in continenti* bereit erkläre zu beweisen, daß das *opus novum* sein Recht kränke. Dabei entsteht nach Stölzel eine Reihe von schwierigen Fragen. Zunächst ob die blose Willenserklärung des Nuncianten die Befugniß des Unternehmers zur Cautionsleistung ausschließe oder ob auch die Bethätigung dieses Willens durch alsbaldige Klagerhebung erforderlich sei, und im letzteren Fall: ob die Klagerhebung sofort mit der o. n. n. erfolgen solle oder ob eine Frist gegeben sei und

62) Vgl. auch Stölzel S. 335.

dann wieder: welche Frist? ein modicum tempus oder vielleicht die drei Monate der l. un. C. h. t.?

In der That ist, wenn man sich der Ansicht Stölzel's anschließt, die Antwort auf diese Fragen schwer. Aber er hat sich die Schwierigkeiten unnöthigerweise geschaffen. Das cap. 4. cit. will an der l. un. C. h. t. nichts ändern: es setzt denselben Fall voraus, wie diese, daß nämlich sofort oder doch bald nach der o. n. n. der Proceß über das dingliche Recht erhoben wird. In dem im cap. 3. erörterten Fall haben die nunciirenden Canoniker sofort wegen des Eingriffs in ihr Eigenthumsrecht geklagt: in diesem Proceß erbietet sich der Beklagte zur Cautionsleistung und will damit das Recht erlangen, das opus fortsetzen zu dürfen; dagegen protestiren die Kläger, sie erklären, sogleich ihr Recht und dessen Beeinträchtigung beweisen zu wollen, und fordern, daß der Beklagte mit seiner Cautionsofferte abgewiesen und ihm die Erlaubniß zum Bauen nicht ertheilt werde. Mit Bezug darauf sagt Gregor in Gemäßheit der Bestimmung der l. un. C. h. t.: der Nunciat ist trotz der offerirten Caution gehalten, te per trium mensium spatium exspectare, juris tui praejudicium probare volentem. Damit ist nicht, wie Stölzel will, gemeint: der Unternehmer müsse nur dann sistiren, wenn der Nunciant sich in continenti bereit erkläre zu beweisen, daß das opus novum seine Rechte kränke, sondern es heißt nur: in dem anhängigen Proceß, in dem der Nunciant die Klägerrolle factisch übernommen hat[63]), hat der Beklagte

63) Ebenso wäre es aber auch, wenn der Nunciat geklagt hätte, und es ist einerlei, ob der Nunciant freiwillig

nicht vor Ablauf von 3 Monaten die Befugniß gegen Caution fortzufahren, er ist 3 Monate lang unbedingt gebunden und muß so lange warten. Es ist also nur eine Wiederholung und Anwendung dessen, was Justinian in l. un. C. angeordnet hat.

§. 1675.

VI. Heutiges Recht[64]).

82. Auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit das Institut der o. n. n. im heutigen Recht Geltung habe, müssen wir uns vorzugsweise mit der Hauptart derselben, der o. n. n. *juris nostri conservandi causa*, beschäftigen. Leugnet man die Anwendbarkeit dieser Nunciationsart, so ist damit auch die Ungiltigkeit der beiden anderen Arten ausgesprochen. Hält man die erstere für practisch, so fragt es sich dann noch weiter, ob besondere Gründe vorliegen, daß gerade die o. o. n. damni depellendi causa und juris publici tuendi causa für obsolet zu halten sind. Diese Frage hat jedoch mit der o. n. n. als solcher nichts zu thun. Ihre Beantwortung hängt davon ab, ob man die Grundsätze des römischen Rechts über die cautio damni infecti und die Interdicte ne quid in loco publico, ne quid in flumine publico u. s. w. für heutzutage noch anwendbar ansieht oder nicht. Verneint man dies, indem man einerseits die Klage auf

sofort klagt oder erst infolge des Remissionsantrags. Wird hingegen nicht geklagt und nicht Remissionsantrag gestellt, so dauert der Bann einfach fort.

64) Vgl. hierüber insbesondere die sorgfältigen Ausführungen von Stölzel S. 525—556.

Schadensersatz, die das römische Recht erst nach und infolge der Leistung der cautio damni infecti giebt, ohne Weiteres gewährt, andererseits die genannten Interdicte für unpractisch und den Schutz des öffentlichen Rechts für Polizeisache erklärt, so muß man auch die die Leistung der cautio damni infecti bezweckende o. n. n. damni depellendi causa und die die Anwendbarkeit der genannten Interdicte voraussetzende o. n. n. juris publici tuendi causa für unpractisch halten[65]).

65) Vgl. über diese Frage Stölzel S. 551 ff. Hesse Einspruchsrecht S. 163. 164. — Was speciell die o. n. n. *jur. publ. t. c.* anbelangt, so wird man wohl so unterscheiden müssen. Insofern die betreffenden Interdicte den Character der Popularklagen in dem Sinn haben, daß auch der durch ein solches opus in publico in seinem Privatinteresse nicht Benachtheiligte aus der Verletzung der den Schutz des öffentlichen Rechts betreffenden Vorschriften einen Anspruch erhält — vgl. Bruns Ztschr. für Rechtsgesch. III. S. 388 ff. —, gelten dieselben heutzutage nicht mehr und ist damit auch die o. n. n. des Privaten, die lediglich im öffentlichen Interesse erfolgen würde, unstatthaft: bei derartigen Bauten, die lediglich der öffentlichen Sicherheit Gefahr drohen, schreiten die Behörden ein, ohne daß dabei dem Privaten eine andere Mitwirkung gestattet wäre als etwa durch seine Anzeige dieses Einschreiten zu veranlassen. Wenn hingegen durch das opus in publico zugleich eine Benachtheiligung des Privaten herbeigeführt wird, steht das betreffende Interdict und damit die o. n. n. noch heutzutage zu. Daß heutzutage in solchen Fällen die öffentlichen Behörden einschreiten, hindert nicht, daß daneben auch der Private Schutz gegen den ihn speciell drohenden Nachtheil sucht. — Die Unterscheidung von Hesse Einspruchsrecht S. 163. — daß, wenn der

Die Schriftsteller, die sich über die heutige Geltung der o. n. n. aussprechen, haben denn auch vorzugsweise die juris nostri conservandi causa geschehene Nunciation im Auge, die Ansichten darüber sind aber sehr getheilt. Als communis opinio kann noch immer die Ansicht bezeichnet werden, daß die o. n. n. ein practisch geltendes Institut sei, und diese Ansicht muß für die richtige erklärt werden. Es sind aber namentlich in neuerer Zeit Stimmen laut geworden, welche die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie von der o. n. n. lebhaft bestreiten[66]). Zwei Gründe sind es insbesondere, die man für diese Ansicht vorbringt.

1) Der eine Grund, den von den Neueren namentlich Sintenis und Stölzel geltend machen,

Privatnachtheil in Entziehung eines Vortheils bestehe, den das Besitzthum des Nuncianten ex publico genießt, die o. n. n. nicht mehr anwendbar sei, sondern nur dann, wenn das opus wirklich Schaden für das Privatbesitzthum drohe — ist unbegründet: auch die Entziehung des Vortheils ist in Nachtheil, der das Interdict begründen kann. — Wenn Hesse übrigens die o. n. n. jur. publ. t. c. auch für statthaft erklärt, falls das opus Privatrechte verletze, insonderheit auch wohlerworbenen Rechten an öffentlichen Objecten zuwiderlaufe, so ist das irrig: dieser Fall gehört nicht zur o. n. n. jur. publ. t. c., sondern zur o. n. n. jur. n. cons. c.

66) Vgl. insbesondere Sintenis pract. Civilrecht III. §. 124. A. 59. Zimmermann im civil. Arch. Bd. XXXVII. S. 218 ff. Schäffer im Arch. f. pract. Rechtswissensch. I. S. 1 ff. Hesse Einspruchsrecht S. 162. vgl. mit S. 89—91. Stölzel S. 525 ff. 550.

geht dahin[67]). Wenn ein Einspruch gegen ein Werk als o. n. n. gelten solle, so müsse er vom Einsprechenden ausdrücklich als *o. n. n.* bezeichnet werden, indem der Wortausdruck nunciare und nunciatio das einzige äußere Kennzeichen sei, welches die o. n. n. habe. Da nun die deutsche Sprache für die o. n. n. keinen eigenen Namen geschaffen und den fremden Namen so wenig bei sich eingebürgert habe, daß ihn nur der römisch gebildete Jurist verstehe, so sei dieses Institut aus dem heutigen Rechtsleben verdrängt und habe keine Bedeutung mehr für dasselbe (Stölzel S. 525. 550. vgl. auch S. 353.). Beim Mangel vollständiger Kenntniß der römischen Förmlichkeiten für die o. n. n. sei selbst eine Analogie derselben nicht möglich gewesen und es müßten daher die Versuche, ihnen andere zu substituiren, namentlich Einspruch vor Notar und Zeugen[68]), wenn

67) Stölzel stützt sich auf diesen Grund allein, Sintenis stellt ihn zwar in erste Linie, beruft sich aber außerdem noch auf den zweiten Grund.

68) Die Zuziehung von Notar und Zeugen bei Vornahme des Nunciationsacts hatte keineswegs die Bedeutung einer Solennität, die an die Stelle der römischen Form treten sollte. Dieselbe erfolgte vielmehr lediglich deßhalb, um sich bei der Verfolgung der Contravention gegen die o. n. n. des Mandatsprocesses bedienen zu können, um, statt mit dem interdictum demolitorium im gewöhnlichen ordentlichen Verfahren klagen zu müssen, ein mandatum demolitorium auswirken zu können. Die Anwendung dieser Proceßart setzt voraus, daß alle Klagthatsachen durch öffentliche Urkunden bewiesen sind, und deßhalb zog man Notar und Zeugen zu. Also nicht die Wirksamkeit der o. n. n. überhaupt, sondern nur die Anwendbarkeit des

sie auch hin und wieder ausgeführt worden, fruchtlos für die Rechtsbildung geblieben sein (Sintenis S. 763. A. 59. Col. 2.).

Dieser Grund ist durchaus hinfällig. Es ist möglich, ja sogar wahrscheinlich, daß das ältere römische Recht eine bestimmte Formel, einen bestimmten Wortausdruck für die o. n. n. hatte, der das Institut seinen Namen verdankte: welches diese Formel gewesen ist, läßt sich nach dem Stand unserer Quellen mit Gewißheit nicht bestimmen. Nirgends sind die eigenthümlichen Wirkungen des Bauverbots von dem Gebrauch einer bestimmten Formel abhängig gemacht. Gerade der Umstand aber, daß wir von dieser Formel nichts wissen, ist der deutlichste Beweis dafür, daß wenigstens im Justinianeischen Recht auf einen bestimmten Wortausdruck kein Gewicht gelegt worden ist. Wäre ein bestimmter Wortausdruck so wesentlich wie die Gegner meinen, so wäre es unerklärlich, daß derselbe nicht unter den Voraussetzungen der o. n. n. genannt und in der Justinianeischen Compilation uns erhalten ist. Wenn aber im Justinianeischen Recht eine bestimmte Wortform nicht mehr erforderlich ist, so ist damit das Argument, daß der Ausdruck opus novum nuncio von einem Laien nicht verstanden würde, daß unsere Sprache keinen diesen Worten entsprechenden Ausdruck gebildet habe und daß wir wegen Unkenntniß der Form einen analogen

Mandatsprocesses bei Geltendmachung der Contravention hing davon ab; wollte man die Contravention im gewöhnlichen ordentlichen Verfahren verfolgen, so bedurfte es des Notars und der Zeugen nicht. — Ueber diese lediglich processualische Aenderung vgl. Stölzel S. 536 ff.

Ausdruck überhaupt nicht bilden könnten, offenbar bedeutungslos. Der Einspruch characterisirt sich dann als o. n. n. und hat deren eigenthümliche Wirkungen dann im Gefolge, wenn derselbe in re praesenti gegen das Werk erhoben wird und die für die o. n. n. bestehenden materiellen Voraussetzungen vorhanden sind. — Was speciell die Argumentation Stölzel's anbelangt, so steht dieselbe im Zusammenhang mit seiner irrigen Annahme, daß der Act der Nunciation durch die Erklärung ‚opus novum nuncio' vollzogen werde. Daß unsere Sprache dafür keinen entsprechenden Ausdruck geschaffen hat[69]), ist allerdings ebenso richtig, wie daß heutzutage Niemand mit den Worten opus novum nuncio Einspruch erheben wird. Daß aber auch die römische Formel nicht so gelautet haben kann, ist früher gezeigt worden. Ihr Inhalt kann nur der gewesen sein: nuncio ne opus novum fiat. Ob das Wort nuncio dabei wesentlich war, wissen wir wie gesagt nicht; nach der Justinianeischen Compilation kann es nur auf das Verbot des opus novum ankommen: die Erklärung, das opus solle nicht gemacht werden, ist das Characteristische und die Hauptsache, und dieses Verbot kennt unsere

69) Mit einer dem entsprechenden Formel, also etwa „ich erkläre, das beabsichtigte Werk erscheint als ein neues" (Stölzel S. 22.), würde der sie Gebrauchende sich lächerlich machen. — Wenn Leyser Medit. VI. spec. 426. das Gleiche von dem behauptet, der sich bei der o. n. n. des jactus lapilli bedienen wolle, so ist das — abgesehen davon, daß der jactus lapilli kein Nunciationsact ist — unzweifelhaft richtig, weil dies ein uns unverständliches Symbol ist. Ein wörtliches Verbot hingegen ist Jedem verständlich.

Sprache auch. — Stölzel's Ansicht ist um so auffallender, als er selbst zahlreiche Zeugnisse von Practikern über das Vorkommen der o. n. n. anführt und selbst die Bestimmung der R.-K.-G.-O. von 1555. Thl. III. Tit. III., wonach die o. n. n. zu den causae extraordinariae gestellt wird, erwähnt. Hat man denn damals einen entsprechenden Wortausdruck gehabt, der uns heutzutage verloren gegangen ist, oder ist damals lateinisch nunciirt worden?

83. 2) Der zweite und vorzugsweise geltend gemachte Grund ist der, daß die o. n. n. durch ein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht beseitigt sei.

Wenn bisweilen behauptet wird, der Nunciationsact sei unserm heutigen Rechtsleben fremd und es sei deßhalb das Institut der römischen o. n. n. nicht mehr in Geltung[70]), so ist dabei übersehen, nicht nur, daß unsere Gerichtshöfe in einer Reihe von Entscheidungen ein Privatverbot behufs Hinderung eines Baues als eine giltige o. n. n. erklärt haben, sondern auch, daß, wie eben die diesen Entscheidungen zu Grund liegenden Fälle zeigen, auch dem Laien der Gedanke, einen seine Rechte beeinträchtigenden Neubau durch wörtlichen Einspruch zu hindern, durchaus nicht fremd ist[71]). In der That ist der Nunciationsact, der Einspruch gegen ein opus novum

70) Von den Aeltern behauptet insbesondere Schilter Prax. jur. rom. ad T. D. 39. 1. §. 19. 20. 28., daß der Privatact der o. n. n. den Sitten der Deutschen durchaus widerstrebe. Von Neueren vgl. Heinzerling civ. Arch. N. F. III. S. 242. A. 19.

71) Vgl. z. B. die Fälle bei Stölzel S. 547. 549. 552. 554. und die im Folgenden anzuführenden Erkenntnisse im Seuffert'schen Archiv.

von Seiten desjenigen, der sich durch dasselbe verletzt glaubt, etwas höchst einfaches und natürliches, so natürlich, daß in einem solchen Fall wohl regelmäßig ein Einspruch erfolgen wird. Es ist also wohl eigentlich nicht gemeint, daß der Nunciationsact unserm Rechtsleben fremd sei, sondern daß die Wirkungen, die mit der Ignorirung des Einspruchs verbunden sind, unserm Rechtsgefühl widerstrebten, und das kommt darauf hinaus, daß man es für hart hält, wenn Jemand, der keine Kenntniß von den Folgen seiner Contravention gegen das Verbot hat, zur Destruction des nach dem Verbot Gemachten ohne Rücksicht auf sein Recht angehalten werden kann. Diese Argumentation, die auf den ersten Blick etwas bestechendes hat, beruht aber auf einer entschieden irrigen Voraussetzung. Es wird nämlich bei derselben offenbar vorausgesetzt, daß dem Unternehmer die Ignorirung des Verbots zum Vorwurf gereichen müsse, denn sonst hat die Berufung auf die Unkenntniß keinen Sinn. Das ist aber eben falsch: die o. n. n. wirkt in rem und auch der ignorans haftet. Wenn nun sogar derjenige dem interdictum demolitorium sich aussetzt, der von dem Verbot gar nichts erfahren hat, so ist es nicht härter, wenn derjenige, der um das Verbot weiß und nur die rechtlichen Folgen der Contravention gegen dasselbe nicht kennt, für das bewußte Zuwiderhandeln haftet. Gewiß hat es auch im römischen Reich Leute genug gegeben, welche die Bedeutung eines in re praesenti mit bestimmten Worten ausgesprochenen Verbots und die Folgen einer Contravention gegen dasselbe nicht kannten, und doch wird darauf keine Rücksicht genommen: genug daß der Unternehmer erfährt oder erfahren konnte, es sei dem opus widersprochen worden.

Die meisten Schriftsteller, welche die Ungiltigkeit der o. n. n. im heutigen Recht behaupten, verzichten daher auf dieses Argument. Sie meinen aber, die römische o. n. n. sei durch ein vom Richter zu erwirkendes provisorisches Inhibitionsdecret verdrängt worden. Ein solches derogatorisches Gewohnheitsrecht ist jedoch nicht nachweisbar. Allerdings ist von einigen ältern Schriftstellern die Unanwendbarkeit der o. n. n. und als der alleinige Weg zur Verhinderung eines opus novum die Anrufung des Richters behufs Erlassung eines inhibitorischen Decrets behauptet worden. Aus diesen vereinzelten Aeußerungen kann aber nicht, wie Neuere wollen, ohne Weiteres auf ein die o. n. n. abschaffendes Gewohnheitsrecht geschlossen werden. Für den Nachweis der Unrichtigkeit dieses Schlusses genügt schon die Verweisung auf das Seuffert'sche Archiv, welches eine Reihe von Erkenntnissen enthält, in denen, theilweis unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht, die o. n. n. als practisches Rechtsinstitut behandelt wird[72]). Auch von den älteren Schriftstellern spricht sich die Mehrzahl nur dahin aus, daß die o. n. n. gegenüber dem Antrag auf Erlaß eines gerichtlichen Inhibitionsdecrets selten, nicht aber, daß sie unpractisch sei[73]).

Allerdings hat sich im deutschen Recht ein anderes Rechtsmittel entwickelt, welches auf anderem Wege denselben Zweck verfolgt wie die römische o. n. n. In der deutschen Praxis bildete sich der allgemeine Satz, daß

72) Seuffert's Archiv III. 58. V. 28. 78. VII. 44. 45. IX. 131 161. XIV. 139. XV. 226. XIX. 234. XXI. 56. XXII. 239.

73) Vgl. die Citate bei Stölzel S. 544. 545.

in allen Fällen, wo Gefahr im Verzug ist, — namentlich bei baulichen Anlagen, aber nicht blos bei diesen — durch einen richterlichen Provisionalbefehl, durch ein Inhibitionsdecret das Unternehmen vorläufig gehindert werden könne. Das Bedürfniß dieses erweiterten provisorischen Rechtsschutzes und dieser generellen Provisionalmaßregel beruhte wesentlich auf dem schleppend gewordenen Proceßgang des modernen Rechts: im römischen Recht mit seinem an sich schleunigen Verfahren bedurfte es nicht so allgemein eines solchen provisorischen Schutzes[74]). Unglücklicherweise bestand nun in der Praxis das Bestreben, alle Erscheinungen des modernen Lebens auf eine römische Basis zurückzuführen. Da der Zweck dieses neuen Rechtsmittels, Sistirung eines opus novum, und das Mittel zur Erreichung dieses Zweckes, Verbot des opus novum, dieselben waren wie bei der o. n. n., so hielt man sich für berechtigt, das neue Rechtsmittel als o. n. n. zu bezeichnen: mit dem Unterschied, daß hier das Verbot vom Richter, bei der o. n. n. aber vom Privaten ausging, glaubte man sich dadurch abzufinden, daß man die erstere als o. n. n. publica im Gegensatz zur o. n. n. privata bezeichnete; alle übrigen wesentlichen Unterschiede ignorirte man. Diese Terminologie erhielt einen Anschein von Berechtigung dadurch, daß im römischen Recht bei der o. n. n. auch einer aditio praetoris erwähnt wird. Es wurde aber dabei übersehen, daß durch dieses Angehen des Magistrats an dem Character der o. n. n. als eines Privatacts nichts geändert wurde, daß dasselbe nicht ein prätorisches Verbot zur Unterlassung des opus zur Folge hatte, sondern

74) Vgl. Stölzel S. 545.

doch der durch den Bau angeblich Beeinträchtigte in re praesenti sein Verbot aussprechen mußte. Da also die o. n. n. stets ein Privateinspruch ist, so ist eine o. n. n. durch den Richter und die Bezeichnung des richterlichen Inhibitionsdecrets als o. n. n. publica eine contradictio in adjecto. Wie gewöhnlich, so führte auch hier die falsche Bezeichnung zu falschen Consequenzen und war die Veranlassung zu einer unheilvollen Vermischung beider Institute. Für das gerichtliche Inhibitionsdecret verlangte man Voraussetzungen, die nur für die o. n. n. bestehen, und für die o. n. n. stellte man Erfordernisse auf, die ihrem Wesen widersprechen und sie mit dem Inhibitionsdecret identificiren. Beide Institute, die auf verschiedenen Wegen denselben Zweck verfolgen, müssen jedoch streng geschieden werden, nur am Ziele treffen die Wege zusammen. Zum Erlaß des richterlichen Bauverbots bedurfte es nicht der Grundsätze der römischen o. n. n. Nach dem der Provisionalmaßregel zu Grund liegenden Gedanken wurde dieselbe vom Richter auf Antrag erlassen, wenn der Antragsteller die Benachtheiligung durch den Bau und seine Befugniß zum Widerspruch bescheinigte, also nach vorgängiger, wenn auch summarischer, causae cognitio. Insofern war die Provisionalmaßregel beschränkter als die o. n. n., die sofort vom Privaten vorgenommen werden konnte und deren Mißachtung das interdictum demolitorium zur Folge hatte, ohne daß es eines Beweises des Rechts bedurfte. Auf der anderen Seite war aber das Gebiet der Provisionalmaßregel ein weiteres. Während die o. n. n. nur demjenigen zusteht, der ein jus prohibendi im Sinn des Edicts hat, also dessen Eigenthum oder besonders qualificirte Servitut durch

das opus verletzt ist, ist die Provisionalmaßregel des modernen Rechts auf diese Fälle nicht beschränkt: der Inhaber einer servitus viae kann wegen eines diese Servitut beeinträchtigenden Baus ebensogut ein Inhibitionsdecret erwirken wie der Inhaber einer servitus altius non tollendi; und während die o. n. n. beschränkt ist auf opera im Sinn des Edicts, also auf Errichten und Zerstören von Gebäuden, kann der durch Errichtung eines Mühldamms, durch Herstellung eines Grabens, durch Ausroden eines Waldflecks u. s. w. Benachtheiligte die richterliche Hilfe behufs Untersagung dieser Thätigkeit unzweifelhaft wirksam anrufen. Indem man nun diese Provisionalmaßregel als o. n. n. publica bezeichnete, kam man dazu, bald die Grundsätze der o. n. n., des angeblichen Gattungsbegriffs, auch auf die Species der o. n. n. publica anzuwenden z. B. als berechtigt zur Erwirkung des Inhibitionsdecrets nur die zur o. n. n. berechtigten Personen anzusehen[75]), bald die Grundsätze der Provisionalmaßregel auf die sog. privata o. n. n. anzuwenden und zu lehren, daß diese o. n. n. wegen aller Servituten und auch wegen anderer opera zustehe[76]). So konnte es kommen, daß von Schriftstellern, die in Bezug auf die practisch geltenden Grundsätze im Wesentlichen zu dem gleichen Resultat gelangen, der eine die o. n. n. für noch practisch erklärt, indem er sagt, nur die Form sei verändert und an Stelle des Privateinspruchs das Verbot durch den Richter getreten, während die materiellen Grundsätze

75) Vgl. Sintenis a. a. O. Zimmermann a. a. O. S. 223. Hesse Rechtsverh. II. S. 102.

76) Vgl. die bei Stölzel S. 527. Citirten.

von der o. n. n. entnommen werden müßten, weil uns sonst jede objective Norm für Entscheidung solcher Streitigkeiten fehle (Heimbach im Rechtslex. VII. S. 605)., der andere aber die o. n. n. für unpractisch hält, indem er ausführt, daß die wesentliche Form der o. n. n., der Privateinspruch, nicht mehr bestehe, sondern nur das Verbot durch den Richter gelte, auf dieses Inhibitionsdecret dann aber auch Grundsätze der o. n. n. anwendet (Sintenis, Zimmermann a. a. O.)[77].

Wäre diese Darstellung der Gegner richtig, so müßte man nicht sagen, die o. n. n. sei verdrängt durch das gerichtliche Inhibitionsdecret, sondern vielmehr o. n. n. und Inhibitionsdecret seien zu einem neuen Rechtsmittel verschmolzen. Eins wie das andere ist aber unrichtig. Beide Institute bestehen neben einander und jedes geht seine eigenen Wege und hat seine eigenen Grundsätze.

Nur die Grundverschiedenheiten sollen hier kurz

77) Die Grundsätze der o. n. n. sind aber zum großen Theil so sehr bestimmt und beeinflußt durch den Character der Nunciation als eines Privatacts, daß es durchaus unpassend erscheint, diese Grundsätze auch da anwenden zu wollen, wo statt des Privatverbots ein richterliches Verbot ergeht. Uebrigens ist man keineswegs consequent in der Anwendung der römischrechtlichen Grundsätze der o. n. n. auf die Provisionalmaßregel. Man nimmt ohne jeden Anhalt und ganz willkürlich einen Theil der Grundsätze auf dieses Institut herüber, während man einen anderen Theil für unanwendbar erklärt. Nach einem Grund dieser Scheidung und nach einem Princip dabei sucht man vergebens. Vgl. als Beleg dafür die Ausführung bei Zimmermann a. a. O. S. 223 ff.

berührt werden. Bei der Provisionalmaßregel des neueren Rechts muß der Beeinträchtigte bei Gericht den Antrag stellen, daß dem Unternehmer die Fortsetzung des opus untersagt werde. Die Befugniß diesen Antrag zu stellen ist, wie schon erwähnt, nicht beschränkt auf die Fälle, in denen die o. n. n. gestattet ist: auch wegen anderer Rechte und anderer opera steht sie zu. Dafür ist aber auch eine Bescheinigung von Seiten des Impetranten nothwendig und es wird das Decret nur nach summarischer causae cognitio erlassen. Dabei wird ein Termin zur weiteren Ausführung anberaumt, in welchem dem Impetraten Gelegenheit gegeben ist, gegen die Unrechtmäßigkeit der Inhibition zu remonstriren. Fährt der Unternehmer des Verbots ungeachtet fort, so trifft ihn der gleich im Inhibitionsdecret anzudrohende Nachtheil der Restitution, die dann der Impetrant durch einen Executionsantrag herbeiführt[78]). Dieses gerichtliche Verbot ist lediglich an den Impetraten gerichtet, es wirkt nicht in rem.: setzt also ein Dritter ohne Wissen des Impetraten das opus fort, so haftet weder der Impetrat als Besitzer noch der Dritte als Thäter; ebensowenig haftet an sich der Singularsuccessor für die verbotwidrige Thätigkeit seines Auctors, während der Erbe natürlich dafür einsteht. Andererseits erlischt die Kraft des richterlichen Verbots nicht durch den Tod

78) Ueber die unter einander sehr abweichenden Ansichten hinsichtlich dieser Provisionalmaßregel vgl. z. B. Sintenis a. a. O., Zimmermann a. a. O., Hesse Einspruchsrecht S. 161. — Die nähere Darstellung dieses Rechtsmittels, welches namentlich in den Particulargesetzen eine weitere Ausbildung erhalten hat, gehört nicht hierher.

des Impetranten, und auch durch Veräußerung des betreffenden Grundstücks nur dann, wenn — was nicht nothwendig der Fall ist — jedes Interesse weggefallen ist. Das Alles ist bei der *o. n. n.* anders.

84. Es fragt sich nun: ist durch dieses in den Grundzügen eben dargestellte Rechtsmittel die römische o. n. n. verdrängt? Daß sie dadurch überflüssig geworden, läßt sich sicherlich nicht behaupten: die insbesondere bei baulichen Veränderungen so wichtige Möglichkeit, sofort einem Werk Einhalt gebieten zu können, ohne erst durch das Angehen des Richters und dessen causae cognitio eine mehr oder minder lange Zeit verstreichen lassen zu müssen, sowie die Wirkung in rem sind unverkennbare Vorzüge, die auch die Gegner zu dem Geständniß bewegen, daß die Aufnahme des Privatverbots mit Inhibitivkraft in eine neue Gesetzgebung angemessen und nützlich sei[79]). Aber ganz abgesehen von der Frage de lege ferenda: wir müssen behaupten, daß das Institut der o. n. n. in derselben Weise, wie es uns im Justinianeischen Recht entgegentritt, noch heutzutage besteht.

Da das interdictum demolitorium das characteristische Merkmal der o. n. n. ist, so müßte, wenn der Beweis eines entgegenstehenden Gewohnheitsrechts und der Beseitigung des privaten Einspruchs durch das gerichtliche Inhibitionsdecret für erbracht gelten sollte, nachgewiesen werden, daß in Deutschland ein derartiges Privatverbot nicht vorgekommen, sondern immer die gerichtliche Hilfe in Anspruch genommen worden sei, oder daß, wenn einmal ein solcher Privateinspruch erhoben

79) Vgl. Hesse Einspruchsrecht S. 165.

worden, derselbe nicht die Wirkung gehabt habe, das interdictum demolitorium zu erzeugen, daß vielmehr die Gerichte in solchen Fällen die Klage auf Destruction des nach der o. n. n. Gemachten als unbegründet zurückgewiesen haben.

Das wird denn nun auch behauptet. Man führt an, das Privatverbot erzeuge heutzutage keine Wirkungen mehr, die nunciatio privata sei in der deutschen Praxis nur als solenne Protestation betrachtet worden, die an sich keine Obligation und kein interdictum demolitorium begründe und es sei auf eine solche nur soweit Rücksicht genommen worden, daß darauf, wenn ein öffentliches Instrument darüber vorliege, auf den gerichtlichen Antrag hin ein unbedingtes mandatum inhibitorium erlassen worden sei[80]).

Es soll also die deutsche Praxis den Satz ausgebildet haben, der vorausgegangenen privaten Nunciation müsse der Antrag auf gerichtliche Inhibition und das gerichtliche Decret nachfolgen, um jener Wirksamkeit zu

80) Von Aelteren vgl. Leyser Medit. VI. spec. 426. und die daselbst Citirten. Die Art der Beweisführung erhellt aus der Darstellung von Huber Prael. jur. civ. ad T. D. 39. 1. §. 10. Nach ihm hat der wörtlich erhobene Einspruch nicht die Wirkung, daß der Nunciat bei Strafe der Demolirung sistiren muß: non videtur plus operari quam quod omnes efficiunt protestationes, ut conservet jus denunciationis et ne silentium ejus in argumentum consensus trahatur; *unde liquet*, effectum nunciationis, quae verbis fit, esse obsoletum! — Von Neuern vgl. Sintenis a. a. O. S. 764. Col. 1. Zimmermann a. a. O. S. 219. 220.

verleihen — wobei freilich die vorausgehende o. n. n. ganz überflüssig ist, da das Inhibitionsdecret auch ohne dieselbe ertheilt wird. Dafür beruft man sich (vgl. Zimmermann S. 220.) insbesondere auf das Zeugniß von Gaill und Frider über den Gebrauch beim Reichskammergericht im 16. und 17. Jahrhundert. Daß die späteren Practiker durchgängig bezeugen, die Angehung des Richters sei am üblichsten und sichersten, ist zwar richtig, daraus folgt aber noch keineswegs die Wirkungslosigkeit des außergerichtlichen Privateinspruchs, wie denn auch Zimmermann selbst zugeben muß, daß diese Practiker „gerade nicht mit Bestimmtheit die Anwendbarkeit der Nunciation als Privatact leugnen." Da nun Zimmermann aus den beiden eben angeführten Argumenten, dem Zeugniß von Gaill und Frider und dem Zeugniß der späteren Practiker, den Schluß zieht: „so wird man denn für die heutige Praxis mit Bestimmtheit behaupten können, daß die Nunciation in der Form eines Privatacts nicht mehr ein interdictum demolitorium erzeugt, vielmehr hierzu die Anrufung des Richters und dessen Verbot nothwendig geworden ist," so muß, nachdem das Zeugniß der älteren Practiker als durchaus nicht beweisend zurückgewiesen worden ist, alles Gewicht auf das Zeugniß von Gaill und Frider gelegt werden. Gerade diese Zeugen beweisen aber, wie Stölzel S. 538. 539. nachgewiesen hat, direct gegen Zimmermann und dessen Ansicht. Beide Schriftsteller bezeugen[81]), daß auf Grund einer Privatnunciation ein interdictum demolitorium

81) Gaill Observ. I. 16. Frider de process. et mand. notat. lib. II. cp. 32.

angestellt bezüglich ein mandatum demolitorium erwirkt werden konnte, daß also ein gerichtliches Inhibitionsdecret keineswegs nothwendig war. Die bei Stölzel S. 539. abgedruckte Stelle von Frider[82]), wonach nach vorausgegangener Privatnunciation meist ein mixtum mandatum erbeten wurde, partim demolitorium, puta ratione eorum, quae contra o. n. nunciationem facta sunt, partim inhibitorium ratione futuri operis, läßt darüber keinen Zweifel[83]). Mit dem von Gaill und Frider bezeugten mandatum inhibitorium der Reichspraxis hatte es eine ganz andere Bewandtniß, als die Gegner annehmen. Es konnte nämlich der Nunciant, wenn er wegen Contravention gegen eine private o. n. n. den Antrag auf Erlaß eines mandatum demoli-

82) Die Stelle lautet: Supplicanti per instrumentum publicum de facta o. n. n. docenti et *quod nihilominus in opere pergatur* narranti mandatum poenale inhibitorium et quidem sine clausula contra aedificantem impertiendum est, sive enim per praetorem, sive per jactum lapilli, sive nudis verbis nunciatum opus ei est. Quo tamen casu *plerumque mixtum* petitur, partim *demolitorium s. restitutorium*, puta *ratione eorum quae contra o. n. n. facta sunt*, partim *inhibitorium ratione futuri operis*. Recte enim praetoriam o. n. n. mandatum inhibitorium vocamus, quia autoritati judiciali sub poena demolitionis opus prohibetur.

83) Wenn Hesse Einspruchsrecht S. 162. das Zeugniß von Gaill und Frider nicht gelten lassen will, weil dies subjective vereinzelt stehende Ansichten gegenüber der herrschenden Volksmeinung seien, so übersieht er, daß diese Schriftsteller über die Praxis des Reichskammergerichts referiren.

torium stellte, zugleich darum bitten, daß das Gericht das Bauverbot auch für die Zukunft ausspreche, was Frider eben als mandatum mixtum bezeichnet[84]). Dies beweist also nichts weniger als daß die private o. n. n. unpractisch geworden sei und für sich keine Wirkung gehabt habe, selbst wenn uns die angeführten Zeugnisse Gaill's und Frider's über die Wirksamkeit des Privateinspruchs fehlten.

Wenn Zimmermann (S. 221.), nachdem er diese so eben widerlegten Gründe vorgebracht hat, zur Unterstützung seiner Ansicht noch anführt, man werde sich davon, daß nach der heutigen Praxis die private Nunciation nicht mehr ein interdictum demolitorium erzeuge, besonders dann überzeugen, wenn man sich vergegenwärtige, daß dieses Interdict ein perpetuum sei, und danach der Nunciant die Niederreißung des etwa innerhalb des Zeitraums von 30 Jahren erfolgten Baus durchsetzen könne, so ist das ein Argument ähn-

84) Das Vorkommen eines solchen Mandats erklärt sich nach Stölzel einfach daraus, daß man das Verlangen fühlte, der Privatnunciation durch den Ausspruch des Richters noch ein besonderes Siegel aufgedrückt zu sehen, namentlich wenn der Nunciat bereits eine Mißachtung der Privatnunciation durch Fortsetzung des Werks an den Tag gelegt hatte. Vielleicht erklärt es sich auch daraus, daß das Petitum der die Grundlage der o. n. n. juris n. conserv. causa bildenden actio negatoria und confessoria außer auf Restitution auch auf Untersagung fernerer Störung unter Strafandrohung geht und daß man dies auf die o. n. n. und das interdictum demolitorium übertrug

licher Art, wie das, mit dem er die Ungiltigkeit der Justinianeischen Bestimmung, daß erst nach Ablauf von drei Monaten Caution gestellt werden darf, für Deutschland begründen will: weil man nämlich in Deutschland in der Regel nur während der Sommermonate bauen könne. Einer Widerlegung solcher Argumente bedarf es nicht. — Auch das weitere Argument von Hesse (Einspruchsrecht S. 162. vgl. mit S. 89. 90.): „ein bloßes Privatverbot könne eine Klage de demoliendo nicht begründen, denn wenn das richterliche Verbot nicht ohne Bescheinigung des Rechts erlassen werde, so sei es inconsequent anzunehmen, daß ein Privatverbot stärker wirken und mächtiger sein könne“, ist durchaus unrichtig. Es würde das ja auch auf das römische Recht, auf das Verhältniß zwischen prätorischem Interdict und o. n. n., passen. Zwar führt Hesse (S. 89. 90.) im Gefühl, daß ihm dieser Einwand gemacht werden könne, zu dessen Entkräftung aus: „der Prätor habe sein Interdict erlassen, ohne eine Bescheinigung der Thatsachen und des Rechts, worauf es gegründet werde, zu fordern, damit lasse sich ein Privatverbot mit der Wirksamkeit eines Interdicts principiell vereinigen, im deutschen Recht aber dürfe der Richter kein Verbot erlassen, ohne daß eine genügende Bescheinigung des Rechts bezüglich der Thatsachen, auf welche es gestützt werde, erbracht sei, und mit diesem Grundsatz werde ein Privateinspruch, der einem gerichtlichen Verbot gleich wirken solle, unvereinbar, indem das Privatverbot, wenn es mit dem richterlichen Verbot gleiche Kraft haben solle, nicht an geringere Voraussetzungen geknüpft sein könne.“ Er übersieht aber dabei vollständig, daß, wenn der Prätor sein Verbot ohne Beweis der Thatsachen und des Rechts

erließ, dieses Verbot kein unbedingtes, sondern nur ein hypothetisches war und daß trotzdem dem Privatverbot unbedingte Wirksamkeit beigelegt wurde, sowie daß im Justinianeischen und canonischen Recht, wo von Interdicten des Prätors nicht mehr die Rede ist und auch nicht ohne Weiteres vom Richter ein Befehl zum Sistiren gegeben wird, doch die o. n. n. als practisch erwähnt wird.

Wenn man nun in's Auge faßt, daß neben den Schriftstellern, welche die Giltigkeit der o. n. n. leugnen oder — was im Resultat dem gleichsteht — für das interdictum demolitorium den Beweis des Rechts des Nuncianten verlangen[85]), zahlreiche Schriftsteller die heutige Anwendbarkeit der römischen Theorie anerkennen und ebenso vielfache Entscheidungen der höchsten Gerichtshöfe dieselbe als geltend ansehen[86]), so läßt sich doch nur sagen, daß die Ansichten in dieser Beziehung getheilt sind. So lange wir nun an der Reception des römischen Rechts im Ganzen festhalten, müssen wir auch, wenn nicht andere Gründe für die Ungiltigkeit der o. n. n. angeführt werden können, an der heutigen Anwendbarkeit dieses Instituts festhalten: dadurch, daß einzelne Stimmen sich gegen dieselbe aussprechen, ist der Beweis eines derogatorischen Gewohnheitsrechts noch nicht erbracht. Die zahlreichen Zeugnisse für die

85) Vgl. die bei Stölzel S. 540. 541. Citirten.

86) Vgl. außer den Erkenntnissen im Seuffert'schen Archiv die Entscheidung des Casseler O.-A.-G. bei Strippelmann Bd. V. S. 128. 129. 131. und des O.-A.-G. zu Darmstadt im Archiv f. pract. Rechtswissensch. IX. 108 ff.

fortdauernde Geltung der o. n. n., wie sie uns im Seuffert'schen Archiv und in Stölzel's Ausführung entgegentreten, übersehen die Gegner. —

85. Müssen wir somit die Giltigkeit des Instituts im Ganzen anerkennen, so fragt es sich doch noch, ob nicht in einzelnen Puncten durch die Praxis eine Aenderung des Justinianeischen Rechts herbeigeführt worden ist. Auch das muß verneint werden. Es sind insbesondere die Caution und die Remission, die hier in Betracht kommen. In Bezug auf beide Lehren finden sich freilich vielfache Irrthümer, aber die Irrthümer sind nicht so gleichmäßig, daß sich aus ihnen ein wirkliches Gewohnheitsrecht entwickelt hätte.

Was die Caution anbelangt, so ist bereits bei der Darstellung des Justinianeischen Rechts gezeigt worden, wie verschieden die Ansichten über die Bedeutung der durch Justinian eingeführten Aenderung sind, zugleich aber auch, daß die richtige Ansicht bei Theoretikern wie Practikern immer ihre Vertreter gefunden hat[87]. Von einer consuetudo contraria ist keine Rede.

Der Character und die Bedeutung der Remission ist allerdings regelmäßig verkannt worden, wenigstens insoweit das classische Recht in Frage kommt. Ob dasselbe auch in Bezug auf die Remission des Justinianeischen Rechts der Fall ist, läßt sich so allgemein nicht mit gleicher Bestimmtheit behaupten. Stölzel (S. 534. 535.) führt eine Reihe von Aussprüchen auf denen möglicherweise die richtige Ansicht zu Grund liegen kann. So spricht Joh. Peter de Ferrariis von

87) Vgl. Stölzel S. 528. 529. 530. 531. 533.

einer Remission durch den Richter 1) vor vollendetem Werk und vor geleisteteter Caution, sobald sich finde, der Nunciant habe kein jus nunciandi, 2) nach geleisteter Caution und nach vollendetem Werk sowie nach vollständigem Gehör der Parteien durch definitives Erkenntniß, die o. n. n. sei unwirksam und der Nunciant habe kein jus prohibendi. Ebenso ist bei Gaill von einer remissio quae fit causa cognita per judicis sententiam die Rede; ferner sagen Struv und Sartorius: remissio fit, si causa cognita nuncians jus quod praetendit non probat, und die Ingolstädter Facultät erklärt: remissio fit causa cognita ex nonjure nunciantis[88]). Diese Aussprüche können wenigstens dahin verstanden werden, daß auf den Remissionsantrag hin der Nunciant sein jus prohibendi angeben und beweisen muß. Ob sie diesen Sinn wirklich haben und insbesondere ob diesen Aussprüchen im Uebrigen die richtige Ansicht über das Remissionsverfahren zu Grund liegt, läßt sich freilich nicht erkennen. Gerade von einem Remissionsproceß ist bei den späteren Schriftstellern wenig die Rede, und der Umstand, daß man das Wesen und die Bedeutung desselben nicht verstand, hat nicht am wenigsten dazu beigetragen, das Institut der o. n. n. als eine Härte gegen den Unternehmer erscheinen zu lassen und Bestrebungen, es als ungiltig hinzustellen, hervorzurufen. Unkenntniß und Mißverständniß kann aber allein noch

88) Mit Unrecht deutet Stölzel die beiden letztern Aussprüche zu Gunsten seiner Auffassung des Remissionsprocesses, nach welcher es sich in demselben lediglich um das jus prohibendi des Nuncianten, nicht um das jus aedificandi des Nunciaten handelt.

nicht bewirken, daß dieses wesentliche Supplement der o. n. n. als unpractisch betrachtet werden könnte. Wenn man, wie man das doch muß, dem Privatverbot auch heutzutage noch die Wirkung zuschreibt, das interdictum demolitorium zu erzeugen, so darf man dem Nunciaten nicht das nothwendige Schutzmittel der Remission entziehen und ihn auf die Klage aus seinem jus aedificandi verweisen. Die Grundsätze über die Remission müssen heutzutage genau so gelten, wie im Justinianeischen Recht.

Und sie sind der Art, daß sie in unsern heutigen Proceß durchaus passen. Nach unserer obigen Darstellung muß im Justinianeischen Recht der Nunciat, der sich dem interdictum demolitorium nicht aussetzen und auch den Bann der o. n. n. sich nicht gefallen lassen will, den Remissionsantrag beim Gericht stellen. Darauf werden beide Theile zu einem Termin vorgeladen: der Nunciant, um den Grund seines Einspruchs anzugeben, und wenn derselbe als de jure genügend erfunden werden sollte, ihn in dem nunmehr eingeleiteten petitorischen Processe zu beweisen, — ohne daß, wie Stölzel will, der Proceß auf das Recht des Nuncianten beschränkt und das exceptivische Recht des Nunciaten ausgeschlossen wäre. Während dieses Processes, dessen sofortige Einleitung also der Nunciat zunächst in der Hand hat, muß derselbe drei Monate lang sistiren, widrigenfalls er sich dem interdictum demolitorium aussetzt: ist bis dahin das Urtheil gefällt, so ist damit definitiv entschieden, ob Nunciant oder Unternehmer Recht hat, ob also das opus definitiv unterbleiben muß oder damit fortgefahren werden darf; ist der Proceß bis dahin noch nicht zu Ende geführt, so steht nunmehr

dem Beklagten das Recht zu, gegen Cautionsleistung fortzufahren. Erscheint hingegen der Nunciant auf die Ladung nicht, oder ist das Recht, auf welches er sich stützt, ein solches, welches nicht zur o. n. n. berechtigt, oder ist sofort liquid, daß die o. n. n. wegen formeller Mängel nicht bindend ist, so wird die o. n. n. remittirt. Warum sollen diese Grundsätze nicht heutzutage ebensogut Anwendung finden wie im Justinianeischen Recht? Es ist das unser heutiger Remissionsproceß, wie er der des Justinianeischen Rechts ist. Wenn Stölzel (S. 533.) sagt: „die Befugniß des Nunciaten, seinen Gegner alsbald vor den Richter zu rufen und hier den Streit über das jus nunciandi auszutragen, habe nur Sinn, wenn das Anrufen des Richters schleunig und ohne pecuniäre Benachtheiligung des Nunciaten dem letztern ein günstiges Resultat in Aussicht stelle; das habe allerdings eine vor dem römischen Prätor ermöglichte mündliche Verhandlung gethan, heutzutage aber würde ein vom Nunciaten begonnener Rechtsstreit auf dessen Kosten sich abwickeln und das interd. de remiss. in das dermalige Proceßverfahren übertragen, würde nichts sein als eine Art von negatoria", so zeigt dies, daß er das Wesen der Remission des Justinianeischen Rechts vollständig verkennt. Um einen vom Nunciaten begonnenen Rechtsstreit, der nichts wäre als ein negatorischer Proceß, handelt es sich hier nicht. Der Nunciat beginnt den Rechtsstreit nur insofern als er durch seinen Remissionsantrag die Veranlassung giebt, daß der Nunciant durch Anstellung der Klage aus seinem jus prohibendi seinen Einspruch rechtfertigt, widrigenfalls die o. n. n. sofort remittirt wird. Insofern liegt in dem Remissionsantrag eine Art von Provocation.

Aber durchaus irrig ist es, wenn Manche z. B. Matthiä (Praxis des Baurechts S. 68. 69.) darin eine wirkliche provocatio ex lege diffamari erblicken[89]). Der Nunciant hat es, wenn der Unternehmer lediglich einen Antrag auf Remission stellt, ganz in seiner Hand, ob er das seiner Nunciation zu Grund liegende Recht klagend geltend machen will oder nicht, und der Nachtheil, der ihn im letzten Fall trifft, kann nur der sein, daß die o. n. n. remittirt wird. Ein Provocationsproceß ist doch nur dann möglich, wenn eine Provocationsklage angestellt wird. Häufig wird das der Fall sein, und wenn wirklich so der Remissionsantrag mit der Provocationsklage combinirt wird, dann ist den Grundsätzen des Provocationsprocesses gemäß der Nachtheil für den nicht klagenden Nuncianten nicht blos Aufhebung der o. n. n., sondern auch perpetuum silentium hinsichtlich des Rechts. Aber offenbar braucht der Unternehmer nicht die Provocationsklage zu erheben[90]). Ja bisweilen kann gar keine Provocationsklage angestellt oder auf eine solche nicht die Strafe eines ewigen Stillschweigens erkannt werden. Da beim Nunciationsact der Grund des Einspruchs nicht angegeben zu werden braucht, so ist der Nunciat häufig gar nicht in der Lage, ein bestimmtes Recht zu nennen, dessen sich der Nunciant

89) Die dem zustimmende Ausführung Stölzel's S. 535. 536. steht wohl in directem Gegensatz zu dem, was er S. 533. gesagt hat.

90) Er wird es z. B. unzweifelhaft dann nicht thun, wenn er glaubt, daß wegen einer servitus viae nunciirt sei, und er gar nicht das Servitutrecht selbst, sondern nur die Befugniß auf Grund dieses Rechts zu nunciiren bestreitet.

berühme. Erscheint nun auch der Nunciant nicht im Termin, so kann ihm unmöglich ewiges Stillschweigen wegen eines ganz unbekannten Rechts aufgelegt werden. Es ist daher durchaus unrichtig, in dem Provocationsproceß den heutigen Remissionsproceß zu erblicken. Es kann unter Umständen neben dem Remissionsantrag auch eine Provocationsklage erhoben werden, aber principiell sind beide ganz getrennt.

Das Resultat ist demnach, daß nicht nur das Institut der o. n. n. neben der generellen Provisionalmaßregel des modernen Rechts heutzutage noch besteht, sondern daß auch die einzelnen Grundsätze, sowohl die materiellen wie die das Verfahren betreffenden, genau dieselben sind wie die des Justinianeischen Rechts.

Gedruckt bei U. E. Sebald in Nürnberg.